

בעניין:

המבקשים/תובעים: 1. מיכאל איון וולף ת.ז. 014765911
2. יהודה חיים ת.ז. 50942770
ע"י ב"כ עו"ד נדב חיים מ.ר. 48886
מרחוב צאלון 36 יבנה
טל: 077-5267300, פקס: 077-5606184
Email: nadav@adv-cpa.com

-נגד-

המשיבות/נתבעות: 1. מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (בניהול מיוחד)
2. נתיב – קרן הפנסיה של פועלי ועובדי משק ההסתדרות בע"מ (בניהול מיוחד)
3. קרן ביטוח ופנסיה לפועלים חקלאיים ובלתי מקצועיים בישראל
א.ש. בע"מ (בניהול מיוחד)
4. קרן הביטוח והפנסיה של פועלי הבניין ועבודות ציבוריות
א.ש. בע"מ (בניהול מיוחד)
5. ק.ג.א – קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ (בניהול מיוחד)
6. קופת הפנסיה לעובדי הדסה בע"מ (בניהול מיוחד)
כולן אצל עמיתים - קרנות הפנסיה הוותיקות
ע"י ב"כ עוה"ד אלישע שור, סזי כהן פבון ואח'
ממשרד עורכי דין אשר חלד ושות'
משד' רוטשילד 45, תל אביב 65784 (בית ציון)
טל': 03-7137000; פקס': 03-7137001

סיכומי טענות המבקשים בבקשה לאישור תובענה כייצוגית

המבקשים מתכבדים להגיש סיכומי טענות בבקשת האשור לפי חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן, בהתאמה: "הבקשה" ו-"החוק"). כפי שיפורט להלן, הבקשה מבוססת, אין ממש בטענות המשיבות שנטענו במסגרת התגובה לבקשת האשור (להלן: "התגובה"), ובית הדין הנכבד מתבקש לקבל את הבקשה במלואה¹.

כאמור בדיון המוקדם – המבקשים סברו שלא היה כל צורך בדיון ההוכחות בבקשה ועל כן הסיכומים שלהלן מבוססים בעיקר על התשובה לבקשה ("להלן: "התשובה") - ככל שהושמטה ממנה טענה אין לראות בכך משום זניחתה.

הסיכומים מוגשים לפני המועד הקצוב בכדי לאפשר למשיבות זמן נוסף - המבקשים יתנגדו למתן כל ארכה בפרט לאור הסוגיה ואופי הקבוצה.

¹ כל ההדגשות להלן אינן במקור אלא אם נכתב אחרת.

חלק א – הנטל המוטל על המבקשים בבקשת האשור ואפשרויות ההכרעה

1. הנטל המוטל על המבקשים לאשר תובענה כייצוגית, כמו גם אפשרויות ההכרעה בשלב זה, סוכמו על ידי בית המשפט העליון בעניין רע"א 3702/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ. רחמים עמוסי, כך:

"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....

ודוק: אמנם אין צורך כי בית המשפט יכריע בכל השאלות המשפטיות והעובדתיות בשלב אישור התובענה הייצוגית, אך אין בכך כדי לומר כי אל לו להכריע באף לא אחת מהן. פעמים, כאשר מדובר בתיק מורכב אשר מכיל שאלות משפטיות ועובדתיות רבות, עשוי בית המשפט להידרש להכרעה פוזיטיבית בחלק מהן, על מנת שיוכל לקבוע כי קיימת אפשרות סבירה להכרעה כוללת לטובת התובעים. כך למשל, לפעמים ידרש בית המשפט להכריע בשאלת פרשנותו של חוק מסוים, בטרם יוכל לקבוע כי קיימת אפשרות סבירה כי חוק זה חל על המקרה שבפניו."

היינו – על המבקשים מוטל הנטל להוכיח, בשלב זה, קיומה של "אפשרות סבירה" אולם בית הדין יכול להכריע בחלק מהסוגיות כבר בשלב אישור הבקשה.

2. כפי שיפורט להלן, לא רק שהמבקשים הוכיחו קיומה של אפשרות סבירה, אלא שבמחלוקות העיקריות יכול וצריך בית הדין הנכבד להכריע לטובתם כבר עתה.

חלק ב – הוכחה הפרה והוכחו העילות

3. "פרשנות" המשיבות חסרת הבסיס

3.1 המשיבות הודו בתגובתן כי הן מחסירות חודש אחד בחישוב תקרת השכר לפי שיטת שלוש השנים ואולם טענו למחלוקת "פרשנית" (להלן: "הפרשנות"). טיעון זה יכול וצריך בית הדין הנכבד לדחות כבר עתה, מכל אחת מהסיבות שלהלן:

3.1.1 ראשית, הפרשנות כלל אינה במתחם האפשרויות הלשוניות

הפרשנות אינה בתחום האפשרויות הלשוניות, מכל אחת מהסיבות הבאות:

3.1.1.1 המשיבות מודות למעשה בפירוש כי"ה – N" הינו 182. היינו - מודות כי מספר החודשים מהמועד הקובע הינו 182;

3.1.1.2 זהו גם הנתון שצוין בפירוש בנספח החישובי שנמסר למבקשים;

3.1.1.3 אין כל צידוק לשוני ממשי מינימאלי בתגובה להפחתה שנעשתה;

3.1.1.4 לשון סעיף 78 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981 (להלן: "חוק הפיקוח על הביטוח") ברורה וקובעת "2 אחוזים לשנה";

3.1.1.5 בנוסף, סעיף 8 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 מגדיר את הביטוי "עד":

"8. הביטוי "עד" ... לענין זמן או לענין מובאה - משמעו עד ועד בכלל."

3.1.1.6 בתקנון קיימות הוראות נוספות/מקבילות המבהירות כי משמעות המונח "בין לבין" הינה כפשוטו ועד בכלל:

"ממוצע השכר הממוצע בתקופה שבין חודש אוקטובר 2002 לבין חודש ספטמבר 2003 - ממוצע חודשי של השכר הממוצע במשך בתקופה שתחילתה בחודש אוקטובר 2002 וסיומה בחודש ספטמבר 2003"

ולעניין זה מתאים גם ס' 2 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 הקובע, כי :

" מונח שהוגדר בחיקוק - משמעו כהגדרתו, והגדרה זו תחול גם על תקנות שהותקנו לפי אותו חיקוק, וכל צורה דקדוקית הנגזרת מהמונח תתפרש לפי אותה משמעות. הכל אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה."

3.1.1.7 לבסוף, גם הסיפא להגדרת "תקרת שכר קובע בשיטת שלוש שנים אחרונות" עצמה שוללת מיניה וביה את הפרשנות, שכן היא קובעת כי "תוספת הריבית" לא תחול לגבי מבוטח "שחודש הביטוח האחרון שלו בקרן קדם לחודש הבסיס".

היינו, כי חודש הבסיס נכלל (על דרך שלילה) וחודש הביטוח האחרון נכלל (על דרך שלילה) ושניהם רלוונטיים לחישוב.

3.1.2 שנית, הפרשנות נעדרת כל תכלית חוקית

3.1.2.1 בסעיף 67 לתגובה פרטו המשיבות את העומד בבסיס גישתן כאשר טענו כי שיטת שלוש השנים הינה שיטה לא הוגנת – ובמילים פשוטות: המשיבות הודו למעשה, כי נטלו לעצמן חירות לסטות ממלאכת האיזון שכבר עשה המחוקק.

3.1.2.2 מבלי לגרוע בחומרת האמור יצוין, כי טענת המשיבות לגבי מהות שיטת שלוש השנים כלל אינה מדויקת, שכן :

"לכל שיטה יתרונות וחסרונות כלפי קבוצות עובדים שונות, בהתחשב בשיטת העבודה ובמבנה השכר שלהם. כך... שיטת ממוצע היחסים מתאימה יותר למגזר התעשייתי בעוד ששיטת שלוש השנים מתאימה יותר למגזר השירותים"².

וכן, כי טענה זו אף עומדת בסתירה לגישה בה נקטה המשיבה 1 פעמים רבות בעבר, כאשר טענה כי יש ליישם את שיטת שלוש השנים גם במחיר פגיעה בקצבת המבוטח³.

3.1.2.3 בנוסף, משיבה 1 אף הגישה תובענה ייצוגית⁴ בדיוק בנושא זה כנגד חלק מעמיתיה, ויפים לעניין דברי בית דין נכבד זה בעניין זכאי :

"ראוי לציין בהקשר זה את חוסר העקביות בגישת מבטחים, אשר לפחות במקרה אחר אחד - שהובא לדיון בפני מותב זה - טענה כי יש לחשב את שכרו הקובע של מבוטח לפי שיטת "שלוש השנים האחרונות", על בסיס פסיקתו של בית הדין הארצי בעניין פיורסט ובניגוד להסכמים... אני סבורה כי אם מבטחים מיישמת בפועל את פסיקתו של בית הדין הארצי בעניין פיורסט כאשר הדבר מביא להפחתת השכר הקובע - ממילא הינה מחויבת ליישמו גם כאשר הינו מביא לשיפור מצבם של מבוטחיה... מבטחים אינה יכולה לאחוז במקל משני קצותיו,

2 ע"ע 6000026/07 מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ - מרק פיורסט, פד"ע לו 721 (2003) (להלן: "עניין פיורסט")

3 בג"ץ 3406/08 מנחם חבה נגד משרד האוצר, מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ.

4 שנמחקה – במסגרת ע"ב 4437/04 זכאי נגד מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי בע"מ. ר. ג. ק"ג (ת"א) 4114/06 שלומית זכאי נ' מבטחים מוסד לביטוח

סוציאלי של העובדים בע"מ (בניהול מיוחד) – בפסקה 10 (להלן: "עניין זכאי").

ולשנות את טיעוניה מתיק לתיק בהתאם לתועלת שתצמח לה מהם בהתאם
לנסיבות הקונקרטיות.

3.1.2.4 לכן, אין גם כל תכלית חוקית לפרשנות הנטענת.

3.1.3 שלישית, חל בענייננו כלל הפרשנות נגד המנסח

3.1.3.1 לבסוף, למען הזהירות המופלגת, ככל שבית הדין הנכבד יסבור שקיימת מחלוקת לכאן ולכאן, הרי שחל בענייננו גם כלל הפרשנות נגד המנסח.

3.1.3.2 כלל זה מעוגן כיום גם בחוק החוזים נוסח כללי תשל"ג 1973 והינו רלוונטי גם לתקנון דן:

"מכל מקום אם זו היתה הכוונה של המשרד הרי נסח החוזה, שהוא משרד הבינוי והשיכון עצמו, לא השכיל לנסח את כוונתו כהלכה, ויש לפרש את החוזה במקרה זה נגד המנסח ובפרט כשמדובר ברשות שלטונית (ראו ע"א 191/85 מדינת ישראל נ' חברת נוה שוסטר בע"מ, פ"ד מב(1) 573, 581 (1988)."⁵

3.1.4 לסיכום - בית הדין הנכבד יכול וצריך לקבוע כבר עתה, כי פשוט אין כל בסיס משפטי לטענת המשיבות – התנהלותן נועדה לקצץ זכויות לחלק מעמיתיהן מעבר למלאכת האיזון שנעשתה בחוק, והמבקשים הרימו את הנטל המוטל עליהם לעניין אשור הבקשה בנושא זה שהינו לב הבקשה.

4. אין גם (כמעט) מחלוקת על רלוונטיות העילות המשפטיות שפורטו בבקשה

4.1 המשיבות לא חלקו למעשה בתגובתן על הטענות בעניין העילות השונות שפורטו בבקשה, למעט בנושא "עשיית עושר ולא במשפט" על ידי מלכ"ר (סעיף 147 לתגובה).

4.2 בית הדין הנכבד קרא את פסה"ד **מריו וינגרט**⁶. עם זאת, מאחר שב"כ המשיבות מצא לנכון בכל זאת לתת תשומת לב לנושא זה בחקירת המבקשים, יובהר, כך:

4.2.1 ראשית, מהתגובה עצמה עולה, כי אין חולק כי המשיבות הינן ישויות משפטיות נפרדות מעמיתי הקרנות.

4.2.2 שנית, בכל אופן, גם אם תתקבל טענת הערבות ההדדית (היינו נשקיף על הקרנות כמעין קופת חיסכון ונתעלם מכך שעסקינן בזכות תקנונית ומהעניין הבין דורי), טענת עשיית העושר תיוותר רלוונטית, באשר **במקרה דנן** מדובר בפגיעה **אסימטרית רק בחלק מהעמיתים** (כרבע – לטענת המשיבות).

4.2.3 שלישית, המשיבות הינן גופים פרטיים אולם גם אם ניתן היה לראות בהן כמעין גוף ציבורי הן פועלות בכובע עסקי⁷. בהתאם, הטענה לפיה המשיבות פועלות כמלכ"ר כלל אינה רלוונטית שכן עשיית עושר ולא במשפט **יכולה להתבצע גם על ידי המדינה**⁸.

4.3 בכל אופן, אין מחלוקת לגבי העילות האחרות שפורטו בבקשה והמבקשים הרימו את הנטל המוטל עליהם לעניין אשור הבקשה, בנושא זה.

5 ע"א 2811/08 האחים ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, תק-על 2009 (4) 3997 (2009).

6 ע"ע 17/03 מריו וינגרט – מבטחים 9.5.05.

7 ע"ע"מ 10/7373 יוסי לוי נ' מדינת ישראל צבא ההגנה לישראל מדור תשלומים (פורסם בנבו 12.08.13. להלן: "עניין לוי").

⁸ למשל, רע"א 6723/12 (עליון) מינהל מקרקעי ישראל ואח' נ חברת הכשרת הישוב (13.11.12)

- 5.1 המשיבות לא חלקו על כימות החבות הנטענת למבקשים ובוודאי לא טענו שכלל לא קיימת עילה אישית (אם תתקבל טענת המבקשים).
- 5.2 עם זאת, המשיבות ציינו כי הן בוחנות הפחתת הקצבה של המבקש 2 וחלק ניכר מחקירתו הוקדש לבירור עובדתי זה. ביחס לאמור יטענו המבקשים כך:
- 5.2.1 ראשית, המבקש 2 מכחיש כל פעולה שלא כדין או על פי חוזה, ולא בכדי המשיבות נמנעו מלנסח טענה ברורה בנושא. המבקשים כמוכן יתנגדו לכל הרחבת חזית בנושא זה ובכלל זאת לטענה חדשה לפיה המבקש 2 נהג שלא כדין באופן שאין לאשר בקשתו.
- 5.2.2 ממילא אין גם בקבלת טענה (היפותטית) בנושא בכדי לאיין את העילה האישית של מי מהמבקשים – אשר נוגעת בכלל לאופן חישוב התקרה.
- 5.2.3 לבסוף יצוין שוב, כי יש לראות בחומרה העלאת טענות מסוג זה הממחישות שוב את בעיית תת האכיפה בנידון דנן. חקירת המבקשים רק איששה שקיים חשש אצל חלק מהעמיתים (פ ע 8 ש 9-10) והטענה כי המשיבה 1 אינה מודעת כביכול למועד "חידוש הביטוח" של העמית מעידה גם היא על תת אכיפה והתנהלות לא תקינה ושוויונית.

חלק ג- היקף ההפרה והתרופות לקבוצה

6. הוכחה הרלוונטיות למספר עמיתים רב באופן המצדיק קבלת הבקשה

- 6.1.1 המשיבות עצמן הודו בתגובתן כי מספר העמיתים הרלוונטי במשיבה 1 בלבד, מתוך הפורשים במהלך שבע שנים בלבד, הינו "פחות מ 12,000" או כ "רבע" מכלל העמיתים. משכך, ובהיעדר ראיה או אף הנחה סותרת (שפורטה או הובאה על ידי המשיבות שבידיהן הנתונים), ניתן להניח כי מספר חברי הקבוצה, לאורך 17 שנה, ביחד עם שאר המשיבות, מתקרב להערכת המבקשים הכוללת (כ- 60,000 – קרוב לרבע מכלל העמיתים). בוודאי שלא נמצא בסיס לטענה כי מדובר בהערכה "קלוטה מן האוויר".
- 6.1.2 ממילא, גם מספר של אלפים בודדים מצדיק קבלת הבקשה לגבי כלל המשיבות (מבלי קשר למספר העמיתים בכל אחת מהמשיבות האחרות?).
- 6.1.3 לכן, הוכח כי לא מדובר בגידול שכר "חריג" ויש לקבוע כי גודל הקבוצה המשוער מצדיק קבלת הבקשה.

יש לדחות את טענת ההתיישנות לפי מועד הפרישה

בפן הנורמטיבי

- 6.1.4 קיימת פסיקה מחייבת של בית המשפט העליון (בג"ץ 3514/07, מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' מרק פיורסט ואחי) - אליה הופנה בית הדין הנכבד כבר במסגרת הבקשה (המאשרת פסיקה של בית הדין הארצי) – ועל פיה בכל הנוגע לסוגיה דנן עסקינן בעילה מתחדשת כך שהתיישנות העילה אינה נקבעת לפי מועד הפרישה.
- למען הסר ספק (וטענות סרק) – לא היה דיון נוסף בבג"ץ האמור – טענות מבטחים נדחו לחלוטין בהקשר זה באותו עניין וזו ההחלטה המחייבת בנסיבות דנן.

6.1.5 מסיבה זו ברור כי חלק גדול מתגובת המשיבות העוסק בנושא ההכבדה והצורך בפתיחת כל תיקי העמיתים **פשוט מיותר** – שהרי, גם אם בית הדין הנכבד יקבל את הגנת ההתיישנות (בעילה מתחדשת), **בכל אופן** המשיבות תאלצנה לבדוק את נתוני **כל העמיתים** ("לפתוח את כל התיקים"), זאת מפני שגם עמיתים אשר פרשו לפני שנים רבות זכאים להשבה במסגרת שבע שנים (ובמסגרת זאת יש לאתר את חישובי הבסיס למועד פרישתם ויתעורר הצורך "לפתוח" את התיקים כולם). כך הרי גם טען העד מטעמן **(פ ע 14 ש 14)**.

מה גם שהטענה אינה אמת

6.1.6 לא זו אף זו, שטענת העלויות הכבדות המפורטת בהרחבה בגוף התגובה גם כלל לא נתמכה בתצהיר נתונים וראיות, זאת למעט הטענה התמציתית שהנתונים סרוקים בתיק ולא ממוחשבים (ורק כך הוצהר). לו היה בטענה זו ממש חזקה על יועמ"ש המשיבות ובא כוחן שהיו יודעים לבססה בפירוט המתאים.

6.1.7 בנוסף, הוכח **(פ ע 15 ש 2)** את שההיגיון מחייב, כי גם אם הנתונים סרוקים, הרי שהשכר הקובע המחושב בשיטת שלוש השנים מופיע כנתון בסיס אותו ניתן לדלות בקלות יחסים מתיקי הגמלאים **(פ ע 14 ש 24)**.

6.1.8 לכן, ומשדרך החישוב הכללית והנתונים הנדרשים שפורטו היטב בבקשה לא נסתרו – יש להסיק כי אין מדובר בעבודה רבה מצד המשיבות.

למעשה, ניתן לקבוע כי כל הנתונים (בכל השנים) מוכנים ומזומנים ממוחשבים

6.1.9 כאמור, כל שהעד מטעם המשיבות – **"מנהל אגף תקנון מידע וזכויות"** הצהיר הינו, כי התיקים סרוקים ולא "אצורים". אלא שבמהלך החקירה טען שהוא בעצם אינו יודע האם הנתונים הישנים ממוחשבים **(פ ע 15 ש 10)** והתמיהה גברה כאשר ענה כי גם אינו יודע מה עלה בגורל נתונים משלוש השנים האחרונות **(פ ע 18 ש 11 - 18)**.

לכן, אין זה סביר כלל שהנתונים הממוחשבים הושמדו, ושוב – אם היה מי שיודע לענות אחרת בנושא יש להניח כי היה מעיד עבור המשיבות בנושא.

6.1.10 עוד יוזכר, בהקשר זה, כי על המשיבות מוטלת חובה חוקית¹⁰ לשמור את הנתונים למשך שבע שנים לאחר תשלום הגמלה האחרונה (וככלל, גיל פורשי שנת 2003 בשנת 2013 היה נמוך מתוחלת החיים הממוצעת כך שבמועד זה הם עדיין קבלו קצבה).

7. יש לקבל את טענת המשיבות בנוגע הנוגע לתחולת החריגים לחוק ההתיישנות (סעיפים 7-8)

7.1.1 ראשית, בית הדין הנכבד מופנה בעניין זה שוב לנטען בבקשה ולתצהירי המבקשים בעניין זה ובפרט לנספח א לתשובה בו צוינו בפירוש 182 חודשי ביטוח (במקום 181 כפי שחושב) – עסקין אף בהטעה פוזיטיבית ובוודאי ניתן להניח היעדר יכולת ידיעה.

המבקשים לא נחקרו בנושא ברור זה, ויפים לכך שוב דברי בית הדין הנכבד בבש"א 7364/09 התזמורת הפילהרמונית נ' יהודה קשי (18.1.2010):

"היעדר הידיעה של התובע אכן נגרם עקב סיבות שאינן תלויות בו. השינוי בחלוקת הפרשות המעסיק נערך במסגרת מערכת היחסים שבין המבקשת לבין קג"מ ולמשיב לא היה חלק בו. טוענת המבקשת כי יכול היה המשיב בשקידה סבירה לגלות את העובדות הנעלמות שכן כל

המסמכים היו בידיו. אין בידינו לקבל טענה זו. המסמכים שנמסרו לידי של המשיב כללו את הנתונים השגויים מבלי שהלה ידע כי מדובר בנתונים שגויים... לפיכך, אנו מקבלים את טענת המשיב בדבר קיומה של התיישנות שלא מדעת.

7.1.2 שנית, יש לדחות את טענת המשיבות לפיה מרבית העמיתים מאוגדים בוועדי עובדים כך שהם מודעים לזכויותיהם בעניין החישוב. גם אם בית הדין הנכבד יסבור משום מה, כי ה"פרשנות" שנקטו בה המשיבות סבירה, בוודאי שלא ניתן לקבוע, כי "פרשנות" המבקשים תלושה. בהינתן זאת ובשים לב לכך שמדובר בקבוצה של עשרות אלפי פורשים לאורך השנים, וכי רק עתה הוגשה תביעה ראשונה בנושא, ניתן להסיק כי מדובר בהפרה נסותרת שנעלמה מעיני רבבות – הדבר פשוט מדבר בעד עצמו. לעניין זה מופנה בית הדין הנכבד לתשובת העד עו"ד סימון פ ע 14 ש 21 ויוער גם כי בא כוח המשיבות ידע לציין בדיון את שמו של האדם אשר גילה את ההפרה (כשנה לפני הגשת התביעה) - לכן, ברור כי זהו האדם היחיד שפנה בנושא.

7.1.3 שלישית, טענת הוודאות התקציבית אף היא אינה רלוונטית לנושא ההתיישנות, בין היתר מפני ש:

"בעניינו לא מדובר, איפוא, בהגדלת קצבה... אלא בתשלום מה שהקרן התחייבה לשלם לאותם עמיתים ושעל בסיס אותה התחייבות (בין היתר) גם ניתן לקרנות הסיוע הממשלתי בסכום שאמור להביאן לכדי איזון אקטוארי (השוו: עניין חבה, בפיסקה 13)."¹¹

7.1.4 לבסוף, בית הדין הנכבד מופנה שוב לנוסח סעיף 7 לחוק ההתיישנות וכן לתיקון מס 5 (2015) בסעיף 8 לחוק האמור, אשר אינו דורש עוד תרמית או הונאה, בכדי להיכנס לתחולת החריג.

חלק ד' – מתקיימים התנאים לאשור התובענה כייצוגית

8. המבקשים רשאים להגיש את הבקשה בשם הקבוצה

8.1 המשיבות לא חולקות על היות כל אחת מהן בגדר "מבטח" או "חברה מנהלת" או כי העניין הנדון נוגע ל- "תקנון קופת גמל". ממילא, אין חולק, כי חל בענייננו פרט 2 לתוספת שנייה לחוק.

8.2 כפועל יוצא, אין גם מחלוקת על היותן של המשיבות נותנות שירות, ועל כן הינן גם בגדר "עוסק"¹² על פי חוק הגנת הצרכן וחל גם פרט 1 לתוספת.

8.3 המשיבות אף טוענות כי עניין הבקשה בסמכותו הייחודית של בית הדין הנכבד (ס' 28 לתגובה) וממילא ניתן לקבל את הבקשה גם לפי פרט 10 לתוספת האמורה.

9. אין כלל מניעה כי המבקשים ייצגו גם נגד המשיבות 2-6

9.1 אין כל בסיס לטענת המשיבות כי המבקשים לא יוכלו לייצג נגד משיבות נוספות – לא מבחינת לשון החוק, וגם לא על פי תכליתו:

לשון החוק – קיומה של "עילה אישית" בתובענה

9.1.1 אין הרי חולק כי למבקשים עילה אישית בתובענה אותה מבוקש להגיש - לשון סעיף 4 לחוק לא דורשת כי עילה כאמור תעמוד כנגד כל אחד מהנתבעים אלא רק כי השאלות תהיינה משותפות לקבוצה (כל שהסעיף דורש הינו אדם שיש לו עילה אישית המאפשרת תובענה ייצוגית (עילה בתוספת לחוק) וקיומה של קבוצת בני אדם). אכן, לא בכדי ב"כ המשיבות מיקדו טיעוניהם בלשון תקנות סדר הדין האזרחי וחוק בית הדין לעבודה ולא בלשון החוק (ועל כך להלן).

11 בג"צ 2944/10 אברהם קוריצי ואח' נגד בית הדין הארצי לעבודה, (להלן: "בג"צ קוריצי") בפסקה 107.

12 ת"צ 30028-04-11 יצחקי ואח' נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ החלטה מיום 21.11.16 (להלן: "עניין יצחקי").

לשון החוק – קיומן של "שאלות משותפות" של עובדה או משפט

9.1.2 ברור גם, כי לשון החוק הדורשת גם קיומן של שאלות משותפות לא שוללת תביעה משותפת כנגד כמה חברות שונות (כי אין לקבוע כי השאלות המתעוררות בהכרח שונות). שהרי, לשם כך למשל נועדה תקנה 520 לתקסד"א (איחוד דיון כנגד נתבעות שונות בשל "שאלות דומות של משפט או עובדה").

לשון החוק – הטיעון הלשוני של המשיבות אינו רלוונטי

9.1.3 כאמור, בלית ברירה ב"כ המשיבות משליכים ייבסם על לשון תקנה 100 לתקסד"א. ואולם, כמצויין בפרוטוקול, טיעון זה מתעלם מכך שעסקינן בהליך ייצוגי ולכן כלל אינו רלוונטי.

זאת ועוד, הטיעון הלשוני גם אינו נכון שכן בענייננו אנו, כאמור, מצויים בשלב טרומי בו נפסק כי **טרם הוגשה תובענה**¹³ וממילא נוסח התובענה שתוגש מראה עילה לגבי כל הקבוצה (התובעים). כמו-כן, המונח "תובענה" מוגדר בתקסד"א כ:

"תובענה" – תביעות, בקשות ושאָר ענינים שמביא בעל דין לפני בית משפט, באחת הדרכים שנקבעו לכך".

יצוין, כי בכל הנוגע לסעיף 24(א)(3) לחוק בית הדין לעבודה הטיעון דומה.

תכלית החוק – שוללת את גישת המשיבות

9.1.4 תכלית הדרישה ל"עילה אישית" כפי שעמד עליה בית הדין הארצי הנכבד בע"ע 16621-02-17 ליודמילה ספרנסקי נ' נתן המרכז הישראלי לרפואה סיעודית בע"מ, הינה כדלהלן:

"ראשית, התובע הייצוגי מבקש למעשה לאשר את תביעתו כייצוגית ולאחדה עם תביעות רבות אחרות; בהעדר עילת תביעה אישית, אין תביעה שניתן להפוך אותה לייצוגית וממילא אין תביעה שניתן לאחדה עם תביעה אחרות... שנית, כאשר התובע נמנה עם חברי הקבוצה הנפגעת, קטן הסיכוי שהוא יגיע להסדר שאינו מועיל לקבוצה (אביאל פלינט וחגי ויניצקי, תובענות ייצוגיות (נבו 2017) עמ' 117-118). שלישית, בהעדר עילת תביעה אין סעד משפטי שניתן לתבוע, לרבות סעד של אישור התובענה הייצוגית (בש"א (מחוזי ת"א) 58066/99 שלומוביץ-סקאל דיוטי פרי בע"מ (1.1.2002)). רביעית, כאשר מגיש את התביעה אדם שכאמור נפגע ממחדל או עוולה של הנתבע, קטן החשש שהתובענה הוגשה ממניעים פסולים...מדובר במי שהוא "בעל אינטרס... ובלבד שהתובע עצמו אינו פיקטיבי ויש לו ענין ממשי בתביעה והבנה כלשהיא של מסגרתה"... חמישית, רק אם תהיה לתובע עילת תביעה אישית, יוכל בית הדין לבחון את טיב הראיות וסיכויי ההצלחה של הקבוצה באמצעות בדיקה פרטנית של טענות התובע כמעין "מקרה מבחן" לתובענה הייצוגית."

כל חמשת הטעמים הנ"ל יפים גם בענייננו (ובמקרים דומים אחרים של נתבעת שונות).

9.1.5 לכן, גם תכלית החוק אף היא שוללת פרשנות מצרה כמו זו שמציעות המשיבות.

9.1.6 ככל ונותר ספק "פרשני", הרי שלצורך ההכרעה ניתן גם להתבסס על מגמת המחוקק (ובית הדין הארצי). מגמה זו בשנים האחרונות הינה להרחיב את שערי הכניסה לתובענה הייצוגית, גם ללא תובע בעל עילה אישית. וכדברי פרופ' קלמנט¹⁴:

"החוק החדש הסיט את הדגש מתביעתו של התובע המייצג לתביעתם של התובעים המייצגים ולזכות הגישה שלהם לבית המשפט. סעיף 1 לחוק קובע בין מטרות התובענה הייצוגית, את מימוש זכות הגישה לבית המשפט של קבוצת התובעים המייצגים. בנוסף, התובעים המנויים בסעיף 4(א)2 ו-4(א)3 – רשות ציבורית או ארגון – אינם נדרשים לעמוד בדרישת העילה האישית..."

אם תתקבל גישתי זו ואם לאו, נפקותו המעשית של נטל ההוכחה לעניין העילה האישית אינה גדולה כיום, לאור הוראת סעיף 8(ג)2 לחוק. על פי סעיף זה, אם מוצא בית המשפט שהתקיימו כל התנאים המנויים בו לאישור התובענה הייצוגית ולא מתקיימים במבקש התנאים הקבועים בסעיף 4(א) לחוק, עליו לאשר את התובענה הייצוגית אך להורות בהחלטתו על החלפת התובע המייצג. הלשון שנוקט סעיף 8(ג)2 הנה לשון חובה שלפיה **מחויב** בית המשפט לאשר את התובענה הייצוגית ולהחליף את התובע המייצג".

9.1.7 מסיבה זו יוער, כי גם אם משום מה יקבל בית הדין הנכבד את טענת המשיבות, עליו להורות לכל היותר על הוספת מבקשים ולא על דחיית הבקשה כנגד שאר המשיבות. אמנם חלק מפסקי הדין הציבו סייגים לחריג העילה האישית וחובת ההחלפה, אולם המבקשים יטענו, כי סייגים אלה ממילא אינם רלוונטיים בענייננו, שכן בוודאי שלא דובר במקרה של ניסיון לאיין לחלוטין את הדרישה הקיימת בחוק (למשל לאפשר תביעות סתם המוגשות על ידי עורכי דין וכאמצעי לחץ פסול) – בענייננו קיימים מבקשים להם כאמור עילה אישית וממשית בתובענה, ולכל היותר קיימת מחלוקת פרשנית.

פסיקה מנחה - פרשנות החוק בעניין צדדים זרים

9.1.8 על הפרשנות הראויה לחוק ניתן גם ללמוד מפסיקה זרה ובפרט קנדית בהקשר של חוק תובענות ייצוגיות. לעניין זה מופנה בית הדין שוב לפסיקת בית המשפט העליון בקנדה - Bank of Montreal v Marcotte 2014 SCC 55 - כי:

"Nothing in the nature of class actions or the authorization criteria of art. 1003 requires representatives to have a direct cause of action against, or a legal relationship with, each defendant in the class action. The focus under art. 1003 of the CCP is on whether there are identical, similar or related questions of law or fact; whether there is someone who can represent the class adequately; whether there are enough facts to justify the conclusion sought; and whether it is a situation that would be difficult to bring with a simple joinder of actions under art. 67 of the CCP or via mandatory under art. 59 of the CCP."

תשומת לב בית הדין הנכבד מופנה לכך שהפסיקה שם התבססה על לשון הוראות חוק דומות¹⁵ בכדי להדוף טענות זהות לאלה של המשיבות דנן (המבוססות על תקסד"א), ובכלל זאת על נוסח הוראה דומה לתקנה 13 לתקסד"א, הקובעת, כי:

¹⁴ אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006 "הפרקליט" מט 131, 133-134 (2006)

13". כתב התביעה צריך שיראה כי הנתבע יש לו, או טוען שיש לו, ענין בנושא
 התובענה ושיש מקום לחייב את הנתבע להשיב עליה."

פסיקה מנחה – צדדים קשורים

9.1.9 גם הפסיקה בישראל במקרים דומים שוללת גישת המשיבות. כך למשל, בת"צ 13309-08-17 סנדרס נגד אקסלנס נשואה גמל בע"מ סקר מותב נכבד זה את הפסיקה בעניין בכל הנוגע לצדדים קשורים. בין היתר הפנה בית הדין לפסק הדין בע"ע 33793-12-16 אביגל נגד באג מולטיסיסטס (6.12.20) שם דובר בקבוצה הכוללת עובדים בסניפים רבים.

9.1.10 מפסק הדין הנ"ל לא ברור האם סניפים אלה היו מאוגדים כישויות משפטיות נפרדות (תחת חברת האם - ולאור מספר הסניפים הרב ניתן להניח כי כך) אולם בכל אופן המבקשים יטענו כי הרציונל דומה ותומך בפרשנותם.

לבסוף, הנסיבות המיוחדות דנן בוודאי מחייבות קבלת גישת המבקשים

9.1.11 ראשית, בניגוד אולי לפסיקה שצוטטה לעיל (למשל עמיתי קופות גמל שונות ותקנונים שונים), בנסיבות דנן העמיתים הינם אכן צד לאותו הסכס - התקנון האחיד המשותף לכל המשיבות. למעשה, ניתן אף לומר כי יחסי המבקשים עם עמיתי המשיבות האחרות הם בגדר privity לפחות לענין השתקים¹⁶ (וכך גם המשיבות טוענות למעשה בהקשר שגוי בתגובתן).

9.1.12 לכן, בעוד שלרוב, משיבות שאין בינן לבין המבקשים יחסים משפטיים ישירים מלאים, תוכלנה להצביע בקלות על אבחנה עובדתית בעניינן המצריכה הוכחה פרטנית, טענה זו כלל לא נטענה בהליך דנן וגם לא יכולה להיטען לאור היות התקנון אחיד והוראת השוויון האופקי בסעיף 78ט לחוק הפיקוח על הביטוח.

9.1.13 לכן, הכרעה בתובענה המבוקשת בעניין קרן אחת אכן תחייב גם את הקרנות האחרות שהן צד להסכם וממילא זו שאלה אחידה לכלל העמיתים ומתחייב כי הם צד לאותה תובענה.

9.1.14 שנית, הוכח (ס' 7 תצהירי המבקשים ונספח ב' שלא נסתרו) כי המשיבות חולקות הוצאות תפעול משותפות ונתמכות כך ששיעור הגירעון שווה בכולן. משכך, ובהתאם גם לטענות שהעלו המשיבות בנושא, ניתן לומר כי הכרעה כאמור לא רק שאכן תשליך על הקרנות האחרות אלא גם על כיסן של הקרנות האחרות ועל כן יש לראות בהן (לפחות לעניין פרשנות החוק בתובענה דנן) כגוף אחד.

10. תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה

10.1 יש לדחות את טענות המשיבות בנושא שיקולי העלות והפגיעה בעמיתים

10.1.1 ראשית, יש לדחות את טענת הסרק לפיה ההליך יביא להפחתת זכויות לעמיתים - על פי התקנון (סעיף 64 – נספח א לתצהירי המבקשים) הפחתת זכויות לעמיתים כתוצאה מהתביעה תיתכן רק

¹⁶ ראה נינה זלצמן מעשה בית-דין בהליך אזרחי 143-140: "קרבת העניין" של זר להליך מציינת את הקשר שלו, בשל עניינו שלו בנושא ההתדיינות, לאחד מבעלי-הדין". קרבה" זו אינה מגעת כדי "חליפות" בזכות של בעל-דין, דוגמת יחסי מעביר-נעבר של זכות בנכס, ועל-כן, כדי שהיא תגרום להרחבת היקף חלותו של מעשה-בית-דין צריכות להתקיים נסיבות נוספות המעידות על מעורבותו של בעל ה"קרבה" בהתדיינות עצמה, עד כי ניתן לראותו כשותף פעיל בה או כמי שעניינו שלו יוצג בהתדיינות באמצעות אחד מן הצדדים לה... ואשר בכוחם לשכנע, כי היא זה אכן צודק, בנסיבות המקרה, לייחס לו, לצורך חלותו של כלל ההשתק, את "יומו" של בעל-הדין שעימו יש לו "קרבת עניין";

ככל שהיא תביא לגירעון בסך 5% מהתחייבויות המשיבות (ולאחר ניצול כל העתודה האקטוארית) – לכן אין כל שחר לטענה לפיה קבלת התביעה תביא לפגיעה בעמיתים.

10.1.2 שנית, יש לדחות גם את הטענה כאילו מדובר בסכומים זניחים באופן שאינו מצדיק בירור התביעה: בימים אלה מתנהל דיון נוסף בבית המשפט העליון בעניין דני"א 4960/18 שולמית זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ שם נפסק בין היתר (על ידי מותב קודם) כי השבה של 4 אגורות לחודש (ו- 3.5 שקלים על כלל תקופת התביעה) לכל חבר קבוצה נכנסת בגדר הגנת "זוטי דברים" גם בתביעה ייצוגית.

10.1.3 תהא אשר תהא הכרעת הדיון הנוסף שם זהו בוודאי לא מצב הדברים בענייננו אשר לגביו מתאימים יותר דברי בית המשפט בעניין יצחקי, אשר צוטטו בבקשה.

10.1.4 לעניין זה יצוין, כי הטענה בתגובה לפיה קצבה ממוצעת עומדת על כשליש מקצבת המבקש 2 רק תומכת בעובדה שמדובר בסכומים לא מבוטלים:

10.1.4.1 ראשית, מפני שכאמור בבקשה, הסכום המגיע למבקש 2 (על פני תוחלת חיים ממוצעת) פרוספקטיבית ורטרוספקטיבית (שכן בין כה ובין כה יתבצע חישוב תקרה חדש) עומד על למעלה מ 5,000 ש"ח ולכן שליש מהסכום האמור בוודאי אינו בגדר "זוטי דברים".

10.1.4.2 שנית, הטענה לקצבה הממוצעת הינה טענה מטעה זאת מפני שסביר יותר שקבוצת הנפגעים דנן היא זו בעלת השכר מעל הממוצע.

10.1.4.3 שלישית, יש לזכור שאצל המבקשים התקרה לפי שיטת שלוש שנים מהווה חלק קטן יחסית מחישוב הקצבה (שכן פרשו בשנת 2018) ולכן יש להניח כי אצל יתר חברי הקבוצה הרלוונטית ההשפעה על הקצבה הייתה גדולה יותר באופן יחסי.

10.1.5 באופן דומה, גם עלויות ההליך אינן רלוונטיות להכרעה, וזאת משיקולי התמריץ שקבע המחוקק כמו גם לאור התועלת שתצמח לקבוצה. אין גם כל סיבה להניח כי עלות ההליך תהיה פחות משתלמת מהגשת אלפי תביעות אישיות.

10.1.6 יצוין, שוב, כי בכל הנוגע לעלויות החישוב מחדש אין כל טענה קונקרטית הנתמכת בתצהיר לתמוך בכך ש-"שכרו יצא בהפסדו" (אם בכלל נטען כך) ולאור כל האמור לעיל הדבר בוודאי גם אינו בגדר הסביר. לעניין זה, יוזכר, כי בענייננו אף אין מדובר בתחשיבי שכר מסובכים על פי תלושים אלא בהתאמה פשוטה של נתונים שחושבו בעבר.

10.2 יש לדחות את הטענה כי "תביעה תקנונית" אינה מתאימה להתברר כייצוגית

המשיבות מבקשות להסתמך על פסק הדין של בית הדין הארצי בעניין קריצ'מן¹⁷ ופסק הדין של בית המשפט העליון בעניין ברימה¹⁸.

10.2.1 ראשית, המחוקק כבר קבע (לאחר דיונים רבים) כי תביעה "תקנונית" הינה בגדר התביעות המתאימות להתברר כייצוגית ולכן לא ברורה לחלוטין הטענה. כאמור, פרט 2 לתוספת השנייה לחוק, קובע, "ברחל בתך הקטנה", כך:

"תביעה נגד מבטח, סוכן ביטוח או חברה מנהלת, בקשר לענין, לרבות חוזה ביטוח או תקנון קופת גמל, שבינם לבין לקוח, לרבות מבוטח או עמית, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו."

17 ע"ע 19-09-2017 30923 אלי קריצ'מן נ ג ד מבטחים מוסד לבטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (8.7.20). להלן: "עניין קריצ'מן".

18 בג"ץ 2179/16 אילנה ברימה נ. בית הדין הארצי לעבודה (08/02/2017). להלן: "עניין ברימה".

10.2.2 יצוין, כי גם ההפניה (סעיף 17 לתגובה) לסעיפי חוק כגון סעיף 16(ג) לחוק קופות הגמל ותקנה 7(א)(2) לתקנות מס הכנסה איננה ברורה ולמעשה אף "מחלישה" את טענת המשיבות, באשר הוראות החוק הנ"ל רק מציינות כי עקרון השוויון בין עמיתים חל על כלל קופות הגמל ואין מדובר בחידוש מיוחד לעניין המשיבות.

כאמור, החידוש המיוחד היחיד בחוק הפיקוח על הביטוח הינו עקרון השוויון האופקי בין עמיתי קרן אחת לקרן אחרת מהקרנות הוותיקות שתחת ניהול "עמיתים" (באופן שרק מחזק טיעון צירוף המשיבות 6-2).

10.2.3 כמעט מיותר לציין, כי אין גם כל רלוונטיות לטענה כי המשיבות הינן בגדר מלכ"ר. כל קופת גמל הינה מלכ"ר וכך, למשל, המשיבות לא מסבירות כיצד לשיטתן מתאפשר לנהל תביעות ייצוגיות כנגד כל חברה בע"מ על ידי בעלי מניותיה¹⁹ ובפרט מדוע עקרון השוויון בין בעלי מניות (למשל בסעיף 191 לחוק החברות תשנ"ט – 1999) לא מונע הגשת תביעה ייצוגית כנגד חברה האמורה לפעול לטובת כלל בעלי מניותיה²⁰.

10.2.4 לאור האמור, מובן שגם טענת מעשה בי-דין, והיעדר אפשרות יציאה מהקבוצה הינה טענת סרק מטעה – לא רק שהמשיבות לא מסבירות מדוע לשיטתן אין אפשרות יציאה מתובענה ייצוגית בעניין הנדון (ומדוע לשיטתן פסק דין בבית הדין האזורי הנכבד יהווה מעשה בי-דין), אלא שהן בעיקר לא מסבירות מדוע הדבר שונה למשל מתביעות כנגד קופות גמל אחרות, חברות בע"מ ובכלל מכל תביעה ייצוגית כנגד רשות מרשויות המדינה.

10.2.5 עצם העלאת הטענה מגלה לכן חוסר בקיאות בסיסי במנגנון החוק הקיים, תמריצו וטעמיו, ומדובר לכל היותר במחזור טענות ישנות, שאולי התקבלו בעבר בפסיקה, אולם מאז כבר נדונו ונדחו במפורש גם במהלך הליכי החקיקה.

10.2.6 כך, למשל, כבר התייחס פרופ' קרייני לטענות אלה עוד לפני חקיקת החוק²¹:

"בפרק ה של המאמר ביקשתי לבחון מקרוב את הטיעון שלפיו אם ממילא יש בהכרעה המשפטית כדי לחייב את הנתבע לגבי שאר התובעים הפוטנציאליים, כי אז מתייחר הצורך בהפיכת ההליך הראשון של התובע היחיד להליך של תביעה ייצוגית. בחינה זו מקבלת משנה חשיבות לאור העובדה שההתפתחויות שחלו בתחום המעשה בית דין (השתק הפלוגתא) מאפשרות - גם בהליך אזרחי רגיל, המוגש נגד גוף פרטי - להשתיק נתבע שהפסיד בהליך הראשון בהליכים מאוחרים שיוגשו על ידי תובעים נוספים. אם כך, ייתכן שבתי המשפט יתקשו כעת לאשר כמעט כל תביעה ייצוגית שתוגש בישראל. זאת, משום שכל נתבע שהסכסוך הראשון יוכרע לחובתו ייחשב, מכוח עקרונות השתק הפלוגתא, כמושתק בהליכים המאוחרים, בהנחה שאלה יתבססו על אותה פלוגתא. בפרק זה של המאמר, לאחר הצגת ההתפתחות האמורה בעקרונות השתק הפלוגתא, אבקש להראות כי התפתחות זו יצרה בעיות דינויות קשות שהדרך הנאותה להתמודד אתן היא דווקא עלידי הפיכתו של ההליך הראשון להליך של תביעה ייצוגית. מכאן אבקש להקיש למקרה שנידון בפרשת א.ש.ת. - ולכל תביעה אישית שמבקשים להגיש נגד המדינה - ולטעון כי דווקא בשל האפשרות שההליך הראשון ישפיע על הליכים מאוחרים יותר יש לשאוף להפיכתו של ההליך הראשון להליך של תביעה ייצוגית."

וכך, בוועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לתיקון החוק²²:

"אלון קלמנט :

אם יש השתק פלוגתא כזה, הרי שהמדינה, אם היא חושבת שיוגשו עוד הליכים נגדה, יכולה

19 למשל ת"צ 15-01-44126-01 א.ד.א ליעד אחזקות (2006) בע"מ נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ ואח'

20 למשל ע"א 2718/09 גדיש קרנות גמולים בע"מ נגד אלסינט בע"מ (28/5/12)

21 מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים: בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" דין

ודברים 1449 (2004)

22 פרוטוקול מסי 1 מיישבת ועדת המשנה (של ועדת החוקה, חוק ומשפט)יום רביעי, י"א בניסן תשס"ה (20 באפריל 2005). להלן: "ועדת המשנה"

להחליט שהיא מגיעה לפשרה, להסדר עם התובע הספציפי.

היו"ר רשף חן:

זה נכון, היא תנסה להימנע מתקדים, מפסיקה של בית המשפט העליון. אבל זה כמו כל נתבע, אגב.

אלון קלמנט:

ובעצם, אם דיברנו על איזון בין הצדדים – זה בדיוק ההיפך, למדינה יש אינטרס לא להפסיד, כי זה מקרה מבחן. אני, התובע הבודד, עומד מול המדינה. מה ארוויח מזה שאזכה? שום דבר, רק את העניין שלי. מה עושה התביעה הייצוגית? נותנת לתובע תמריצים לנהל את העניין שלו כמו שצריך.

היו"ר רשף חן:

כלומר, אתה אומר שאם יש מצב שבו צריך תביעה ייצוגית כדי לייצר את התהליך, כי הערך שלה שלילי וכי – כל הסיבות שנאמרו – הרי שכלפי המדינה, אם לא תהיה אפשרות, זה לא יקרה, כמו לגבי כל אחד אחר.

אלון קלמנט:

או זה לא יקרה, או זה יקרה, וסיכויי המדינה לזכות באותה תביעה יהיו הרבה יותר גבוהים, לא באופן פרופורציוני, כי יחס הכוחות אחר.

היו"ר רשף חן:

קשה להתווכח עם הטיעון הזה. אין אינטרס. אם התוצאה של התובע שיגיש בג"ץ תהיה שהמדינה תחזיר לו 50 ש"ח, למה להגיש בג"ץ? "

10.2.7 ובמילים פשוטות – טענת ה"מעשה בי דין" של המשיבות איננה רלוונטית!

10.2.8 בהתאם, גם הפסיקה שציטטו המשיבות אינה מדויקת ועיון בה יגלה, כי לא זו הסיבה שהבקשות נדחו שם. כך, בעניין קריצ'מן נפסק לבסוף על ידי בית הדין הארצי:

"אשר להתאמת הסוגיה לתובענה ייצוגית נציין כי למעשה המערער אינו חולק על פרשנות התקנון או על דרך יישומו על ידי הקרן... המערער עותר לפיכך לתיקון התקנון האחד, ומבקש "להורות למשיבה לתקן את תקנונה, ולהתאימו לרוח קביעות בית הדין הנכבד". כבר נקבע כי סעד של תיקון תקנון קרן פנסיה אינו סעד המתאים להתברר בדרך של תובענה ייצוגית, בין היתר שכן "כל החלטה בתביעה האישית של העותרת אשר לפסילתה של הוראה מסוימת בתקנון או לפרשנותה באופן מסוים, תחול ממילא באופן שוויוני על כלל העמיתים" (בג"צ 2179/16 ברימה נ' בית הדין הארצי לעבודה (8.2.17)).

היינו, אי ההתאמה נובע מהסעד המבוקש שהינו בעיקרון תיקון פרוספקטיבי של התקנון ולא בסעד כגון דנן.

וגם פסק הדין בעניין ברימה לא צוטט היטב על ידי המבקשות - עיון בו יגלה, כי העתירה נדחתה על ידי כב' השי' מזוז, שכן:

"לא מצאתי כי תוצאת ההחלטות מגלה טעות משפטית מהותית המחייבת את התערבותו של בית משפט זה בנסיבות העניין, וזאת בעיקר מן הטעם המצוין בהחלטת בית הדין האזורי והוא הבירור הפרטני הנרחב שיידרש בכל מקרה ומקרה אם תתקבלנה טענות העותרת."

היינו, לא נמצאה עילה להתערבות בעיקר בשל הבירור הפרטני הנרחב – עניין לא רלוונטי לתביעה דנן.

10.2.9 שנית, כאמור, המשיבה 1 הגישה היא עצמה תביעה ייצוגית "תקנונית" נגד עמיתיה ולכן גם ראוי היה שהטענה כלל לא תועלה כעת²³.

10.2.10 שלישית, לא רק שאין מקום לקבוע קטגורית, כי תביעה "תקנונית" נגד "קרן פנסיה ותיקה" אינה מתאימה להתברר כייצוגית, אלא שהמבקשים יטענו, כי יש מקום לקבוע, כי תכלית החוק מחייבת

עמידה דווקנית מיוחדת על הוראות החוק בתביעות מסוג אלה, זאת בכדי להסיר חסמים קיימים שאולי אינם קיימים בתביעות אחרות (או קיימים פחות).

10.2.11 כידוע (וכנטען על ידי המשיבות), תביעות כגון דנן שונות מתביעות ייצוגיות צרכניות "פשוטות" שכן הן דורשות "בקיאות" בתקנון ובחישובים. בית הדין הארצי הנכבד כבר התייחס לכך²⁴ במילים הבאות:

"הדרך אל התרת המחלוקת, תחייב "קריאה מודרכת" בתקנות הקרן, אשר לעיתים מנוסחות ככתב סתרים המיועד לאתגר גם יודעי ח"ן".

10.2.12 זאת ועוד, כפי שנוכח בית הדין הנכבד, תביעה ייצוגית כגון דא דורשת גם חשיפת פרטים אישיים רגישים של המבקשים, וכן מלווה בחשש מבוסס לנקמנות ופגיעה בקצבה הקיימת.

10.2.13 בנסיבות אלו, לא רק שמתקיימים הרציונליים המיוחדים הכלליים לעידוד ייצוגיות נגד קרנות פנסיה – שיקולים עליהם אף עמד מותב נכבד זה בעבר²⁵ - אלא ששיקולים אלה מקבלים משנה תוקף בעניין הקרנות הוותיקות.

10.2.14 לסיכום, אין כל בסיס לטענה לפיה תביעה "תקונית" אינה ראויה להתברר כייצוגית וקיים אף שיקול מיוחד בעידוד תובענות כאמור, כנגד קרנות פנסיה והקרנות הוותיקות בפרט.

10.3 שיקולי "תקציב"

טענת המשיבות בנושא זה נחלקו לשתיים – האחת טענה קונקרטיית בנוגע לתחולת סעיף 8(ב)(2) לחוק בענייננו, והשנייה טענה ערטילאית בנוגע להיות הקרנות נתמכות על ידי המדינה ולסמכות נטענת של בית הדין לשקול שיקולי תקציב בבואו להכריע בבקשה (סעיף 151 לתגובה). כפי שיפורט להלן טענות אלה אינן נכונות:

החריג שבסעיף 8(ב)(2) לחוק:

10.3.1 התנאים לתחולת החריג הנ"ל נדונו בפסיקה²⁶ וסוכמו על ידי המלומד פרופ' קלמנט²⁷:

"ראשית, צריך שעצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית הוא שצפוי לגרום לנזק. דהיינו לא תוצאותיה של התביעה אלא עצם ניהולה, הסיכון והעלויות שהיא מטילה על הנתבע והשפעתה על המשך תפקודו, תוך כדי ניהולה, הם שצריכים לגרום לנזק; שנית, הנזק שייגרם צריך להיות נזק חמור – לא די בנזק כלשהו; שלישית, הנזק צריך להיגרם לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו. הנזק שנגרם לנתבע, אין בו כשלעצמו כדי למנוע את אישור התובענה כייצוגית; רביעית, צריך שהנזק ייגרם בעקבות פגיעה ביציבות הכלכלית של הנתבע. זהו תנאי מחמיר, שמשמעותו מקבילה לחשש מכניסתו של הנתבע למצב חדלות פירעון. יש להדגיש שסעיף 8(ב)(2) לחוק זהה בדרישותיו לסעיף 8(ב)(1) לחוק (שנוגע להגנה על המדינה ועל רשויותיה), למעט הוספתה של דרישה זו, ומכאן החשיבות הפרשנית שיש לתת לה. כמו כן, ככל שהגוף הנתבע הנו קטן יותר והחשש ליציבותו הכלכלית עקב ניהול התובענה הייצוגית גדול יותר, כך גדל הספק עד כמה השירות המסופק על ידו הנו אכן שירות חיוני כפרשנותו לעיל; חמישית, יש לשקול את הנזק שנגרם לעומת התועלת הצפויה מניהול התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה ולציבור. אף אם יתר התנאים מתקיימים, ייתכן שהיתרון שנובע מניהול התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה המיוצגת – פיצויים בגין הפרת החובות כלפיהם או התועלת הנובעת מביסוס חובותיו של הנתבע ודומים לו, והשגת מטרותיה של התביעה הייצוגית (לרבות הרתעה יעילה וזכות גישה לבית המשפט) – יהיו משמעותיים דיים כדי שהתובענה תאושר

24 ע"ע ארצי 55432-07-13 נסר עבד נ' קרן הביטוח לפועלי בניין (23/10.17)

25 ת"צ 24218-12-16 תמיר לוי נ' הראל פנסיה וגמל בע"מ" וההפניה למאמרה של לילך לוריא, "מיצוי זכויות פנסיוניות", חוקים 6 (2016) 169, 194

26 ראה ה"ש 12 עניין יצחקי לעיל.

27 ראה ה"ש 14 לעיל.

כייצוגית; **לבסוף**, צריך שלא יהיה אפשרי למנוע את הנוק בדרך של אישור התובענה הייצוגית בשינויים על פי הקבוע בסעיף 13 לחוק. רק עמידה בכל אחד מן התנאים הללו תאפשר לבית המשפט לשקול אם להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר את התובענה כייצוגית. **ודוק, אף אם התקיימו כל התנאים בית המשפט אינו מחויב לדחות את אישור התובענה הייצוגית.**"

10.3.2 בענייננו, המשיבות לא תמכו את טענתם בנתונים או תצהיר מתאים, ואין כל שחר לטענה לפיה עצם ניהול ההליך כייצוגי יגרום להתמוטטות המשיבות כיום באופן המצדיק תחולת הסעיף²⁸.

כללי - שיקולי תקציב אחרים למחוקק (הראשי) בלבד

10.3.3 כאמור, המחוקק כבר דן בשאלת התאמת מנגנון התביעה הייצוגית בעילות שונות וכנגד גופים שונים. במסגרת זו נשקלו, למשל, שיקולי פגיעה תקציבית וודאות תקציבית למול התועלת שבמנגנון הייצוגי. בין היתר נדונו²⁹ שיקולי תקציב הציבור בייצוגיות נגד המדינה:

"היו"ר רשף חן:

לפחות מניות המדינה אינן נסחרות בבורסה.

אלון קלמנט:

נכון. כשאומרים שמדובר בהכבדה על תקציב המדינה, למה מתכוונים? האם הכוונה לכך שהמדינה צריכה להשיב אגרות שגבתה שלא בצדק? אם כן, שיבטלו את חובת המדינה להשיב אגרות; וְלא, צריך מכשיר פרוצדורלי שיאפשר ההשבה הזאת.

סוג אחר של טענות: תהיה הכבדה על תקציב המדינה בגלל תביעות לא מוצדקות. כל תחום האגרות הוא תחום שקל מאוד להגיש בו תביעות, ויהיה קל להגיש תביעות ייצוגיות נגד המדינה. המדינה תצטרך להגן על עצמה מפני הליכים מיותרים. יש על כך שתי תשובות: ראשית, אף-על-פי שאין חברה אחת שנחשפת לנושא בהיקף כזה, סך כל המשק ודאי חשוף לתביעות בהיקף כזה. ושוב, אם התביעה הייצוגית אינה טובה, זה משהו אחר, אולי צריך לשפר אותה.

... יש טענה בספרות שיש פגיעה בהפרדת הרשויות: הרשות השופטת מתערבת בשיקולים תקציביים של הרשות המבצעת."

10.3.4 כידוע, בסופו של יום התקבלה ברוב העמדה לפיה יש לעודד הגשת תובענות ייצוגיות כנגד רשויות אולם להגביל במידה מסוימת תביעות כאלה בכל הנוגע להשבת מס או אגרה – היינו, אך ורק לפעולות שאינן כובע העסקי של המדינה. לאחרונה, בית המשפט העליון עמד על הקריטריונים לאבחנה זו שבין כובע עסקי לבין השבת מס או אגרה וזאת במסגרת דיון נוסף בדנ"מ 5519/15 יונס נגד מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי (17/12.19). פסק הדין הפך פסק דין קודם של בית המשפט העליון וקבע כי אין להגביל כלל ייצוגיות כנגד תאגידי המים. עוד נקבע שם כי אין חובה לפנייה מוקדמת גם כאשר מוגשת תביעה כנגד רשות מרשויות המדינה.

10.3.5 עם זאת, חשוב לציין, כי הסוגיה התקציבית בכל הנוגע לתביעות ייצוגיות נגד המדינה אין עניינה בטענה לפיה ההליך הייצוגי אינו יעיל בגלל התמריץ למייצגים אלא להיפך. כך, למשל, סעיף 9 לחוק קובע מנגנון תשלום שכ"ט למייצג גם במקרה בו הייתה זכאית הרשות להשתמש בהגנת החדילה.

10.3.6 עוד חשוב לציין, כי בימים אלה דן בג"ץ בעתירה³⁰ שעניינה חריגה מסמכות שרת המשפטים לשעבר בעניין התקנת "צו תובענות ייצוגיות (תיקון התוספת השנייה לחוק), התשע"ח-

28 כאמור, השאלה היחידה הינה עלויות ניהול ההליך - בכל הנוגע להשבה ר' עניין קוריצי להלן.

29 ר פרוטוקול ועדת המשנה ה"ש 21 לעיל.

30 בבג"צ 18/3715 עו"ד יאיר אברהם נ' שרת המשפטים ואח'

2018". בג"ץ הוציא צו על תנאי המורה למשיבים "להתייצב וליתן טעם מדוע לא יורה בית המשפט העליון על בטלות הצו, מחמת חריגה מסמכות, לרבות מחמת שמדובר בהסדר ראשוני שיש לקובעו בחקיקה ראשית". הרקע לתיקון הינו מספר תובענות ייצוגיות שהוגשו כנגד רשות מקרקעי ישראל שעניינן דומה לנסיבות דנן (חיוב מע"מ בשיעור גבוה יותר, הצמדת סכומים שלא כדין), ובית הדין הנכבד מופנה³¹ לפסיקה ולהסדרי הפרשה שם, לרבות לאחרונה, לאחר התיקון.

10.3.7 לסיכום נקודה זו, שיקולי תקציב ועילות ייצוגיות מתאימות כבר נשקלו על ידי המחוקק (הראשי) במסגרת התוספת לחוק ואין זה ראוי שישקלו שוב על ידי בית המשפט, מה גם ששיקולים אלה מעולם לא עסקו ב"חוסר יעילות" ההליך הייצוגי או בתמריץ והתגמול למייצגים על פי החוק (אלא בוודאות תקציבית).

מן הכלל אל הפרט

10.3.8 המשיבות הינן גופים פרטיים, אמנם בעלי גוון ציבורי, אולם בוודאי שהן פועלות במישור הפרטי-עסקי. משכך, אין ולא יכולה להיות להן כל הגנה מתביעה ייצוגית בשל שיקולי תקציב, כל עוד יועציהן ומנהליהן לא פעלו והביאו לתיקון חקיקה מתאים.

10.3.9 לא זו אף זו, שגם אין כל סיבה למחוקק להקנות להן הגנה כאמור - העובדה שהמדינה התחייבה לתמוך בהן בסכום מסוים כלל אינה רלוונטית.

10.3.10 לעניין זה, יוזכר כי התמיכה בקרנות הינה תולדה של הסכם אשר כלל גם קיצוץ זכויות לעמיתים. כמו-כן, המדינה תומכת משיקוליה באופן לא סימטרי בקרנות פנסיה (גם לא ותיקות) וזאת משיקולי מדיניות כללית שניסיון לתוקפה בבג"ץ כבר נכשל בעבר³². בהתאם, עמיתי המשיבות אף זכאים על פי התקנון להגדלת זכויות במקרה של עודף אקטוארי³³ (+5%) ובית המשפט העליון גם כבר הבהיר, כי³⁴:

"אין מקום לראות בהשתתפות המדינה בגירעון האקטוארי של הקרנות הותיקות משום הטבה"

10.3.11 זאת ועוד, שאם היה שיקול להגן על כספי ציבור מפני מנגנון התביעה הייצוגית בכל הנוגע לכספי חוסכים, הרי שיקול זה דווקא חזק יותר לגבי חברת ביטוח וגופים פרטיים מובהקים אחרים אשר, כידוע, מניותיהם מוחזקות בסופו של יום בעיקר על ידי הציבור בבורסה ותובענות ייצוגיות עשויות לגרום לתנודתיות במחירן, להסב נזק מיותר לציבור ולפגוע בפעילותן של החברות.

10.3.12 אין אפוא כל פלא שטיעונים דומים שהעלו המשיבות כבר נדחו על ידי בתי הדין ובית המשפט העליון לא פעם. יפים במיוחד לעניין זה דברי בית המשפט העליון בבג"ץ 2944/10 אברהם קוריצקי ואח' נגד בית הדין הארצי לעבודה (13.10.15):

31 למשל ת"צ 19092-12-10 גיל זיו אלכסנדר נ' מינהל מקרקעי ישראל מחוזי תל-אביב-יפו (פס"ד מיום 22.6.14 בנושא שערורך ריבית) ת.צ. 23465-05-15
אביתר כהן נ' רשות מקרקעי ישראל מיום 9.4.17 בנושא הצמדה למדד ו- ת"צ - 38327-12-16 - גדאפ חברה ליזמות אתרים 1999 בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל, בנושא תשומות מע"מ מיום 17.7.19

32 ראה בג"ץ 6925/14 - פורום החוסכים לפנסיה בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח' (24.12.17)

33 סעיף 64 לתקנון

34 בג"ץ 4948/03 ובג"ץ 2911/05 משה אלחנתי ומבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' שר האוצר מר בנימין נתניהו ואח', נבו, 15 ביוני 2008 פסקה 4 לפסק דינו של כב המשנה לנשיאה.

"חוות הדעת האקטוארית עוסקת ב"צד ההוצאות" במאזן הקרן ומתעלמת מהעובדה שהכספים שהפרישו עמיתים מסוגם של העותרים לקרנות, בתקופת הביטוח אצלן – הושקעו על ידי הקרנות במשך שנים רבות עד לפרישתם לפנסיה, באפיקים נושאי ריבית. היא גם מתעלמת מחישוביו של נציג העובדים בבית הדין הארצי לעבודה הנכבד, ר' חרמש, אשר הראה בחוות-דעתו, כי כספים אלה נשאו תשואה, אשר אמורה לממן את הגידול בפנסיה הנובע מהגידול העתידי בשכרם של העמיתים (בתוספת דמי ניהול, החלים גם על הכספים האמורים, בשיעורים שנקבעו בתקנון האחיד), זאת בדיוק כשם שהרווחים על דמי-הגמולים של המבוטחים האחרים בקרנות (בתוספת דמי ניהול, בשיעורים שנקבעו בתקנון האחיד) – מממנים את הגידול בפנסיה, הנובע מהגידול הטבעי שחל בשכרם שלהם.

107. לא זו אף זו. חוות הדעת האקטוארית האמורה מתעלמת מכך שהתחייבויותיהן של הקרנות על פי הסכם הרציפות – נלקחו בחשבון בעת קביעתו של הסיוע הממשלתי ... על רקע זה דומה, איפוא, כי לא בכדי נמנע מנסח חוות הדעת האקטוארית מטעם הקרנות לטעון באופן מפורש כי קבלת העתירה תוביל בהכרח לגידול ב"גירעון האקטוארי" של הקרנות, שכן ל"גירעון" האמור ניתן לכאורה מענה בגדרי הסיוע הממשלתי....

108. זאת ועוד – אחרת. אפילו אם אניח כי טענת הגידול בגירעון האקטוארי של הקרנות נכונה מבחינה עובדתית (דהיינו: כי חרף הסיוע הממשלתי הרב שניתן לקרנות בהתחשב בהתחייבויותיהן על פי הסכם הרציפות – קבלת העתירות תוביל לכך שסך כל התחייבויותיהן לעמיתים יעלה על סך המקורות הכספיים העומדים להן לשם כך) – לא די בכך כדי לגרוע, מבחינה נורמטיבית, מחובתן של הקרנות לשלם לעמיתים הקשורים בהסכם רציפות, גמלה בהתאם למה שהובטח להם על פי ההסכם ובכפוף לשיטת החישוב שעוגנה בתקנון האחיד, כאמור לעיל (השוו: ד"נ 28/76 מעוז נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 821 (1997))

11. **לכן**, אין גם כל בסיס לטענת "האווירה" שהעלו המבקשות בהרחבה בכל הנוגע לשיקולי קבלת התביעה רטרוספקטיבית (השבה לעמיתים), ובוודאי אין לטענות כל קשר לשיקולי הפעלת מנגנון התביעה הייצוגי.

12. העניין ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב

12.1 המבקשים כמייצגים

12.1.1 המבקשים עמדו יפה בחקירתם. גרסתם לא נסתרה כלל והם גילו את הבקאות הנדרשת לצורך ייצוג הקבוצה בהליך.

12.1.2 בהתייחס לטענת היעדר הפניה – כאמור, אין כל חובה כזו נגד גוף פרטי וגם בתביעה כנגד רשות, מה גם שהחקירה **אישרה** את טענת המבקשים כי נעשו פניות (על ידי חבר של המבקשים) וכי ניתנה תשובה כתובה שאינה משתמעת לשתי פנים. זאת ועוד, המשיבות אף לא טענו כי היעדר פניה מנע מהן את האפשרות להסדיר את העניין ללא ההליך ויפיים בעניין זה, מקו"ח, דברי בית המשפט בעניין קליניקות כרמל³⁵, כי:

"לפניה מוקדמת יש חשיבות כאשר המשיבים מסכימים לתקן את הפגם במעשיהם. מכאן החשיבות המיוחדת לפנייה מוקדמת בהקשר של הודעת חדילה מטעם הרשות. ... במקרה שבפני משהוגשה הבקשה הראו המשיבים שאין בדעתם לתקן את הפגם במעשיהם לפנייה מוקדמת לא היתה אלא עיכוב ומתן אפשרות להסדיר את התביעה האישית מבלי שעניינם של הרבים יבוא לדיון. בהינתן האמור לאור הנסיבות

12.2 הח"מ כבא כוח מייצג

- 12.2.1 לפני בית הדין הונחה בקשה סדורה וממוסמכת (שהותירה מרחב תמרון צר למשיבות) וכן תשובה וסיכומים עתירי טענות רלוונטיות. הח"מ מוצא לנכון להבהיר, כך :
- 12.2.2 ייתכן והתעקשות ב"כ המשיבים לטעון "לחוסר בקיאות" ולשאול את המבקש 1 שאלות על הבקשה עצמה, כמו גם את המבקש 2 על התקנון והחוק, נועדו ליצור את הרושם כאילו לאלה מעורבות בייצוג המשפטי. כמובן שאין הדבר נכון (ולכן גם לא היה כל צורך בנסיבות כי בית הדין הנכבד "יעצור" את המבקש 2 "לענות" תשובות).
- המבקשים פנו לח"מ בנושא עצם ההפרה שנתגלתה על ידי חברם אולם כל העבודה המשפטית וכל הטענות שהועלו בהליך **לרבות** בכדי לשכנע את בית הדין בקיומה של ההפרה, בהיקפה, בתחולת החוק ופרשנות התקנון בנסיבות המיוחדות, הינן של הח"מ בלבד ותוך השקעה רבה. במהלך חקירת המבקשים עלו שמות של יועצים למבקשים, אולם הח"מ מבהיר כי לא קיבל ממי מהמבקשים שום עצה או הערה בקשר להליך זה וממילא אין לו קשר לאלה.
- כמו בכל הליך שאי פעם ייצג הח"מ בו כעצמאי, כל העבודה המשפטית נעשתה אך ורק על ידי הח"מ – ונעשתה היטב.
- הח"מ אינו "יועץ פנסיוני" ואין כל עירוב אינטרסים מיוחד בין הח"מ למבקש 2 (ובוודאי עם המבקש 1).
- לאור ניסיונו של הח"מ, העבודה שנעשתה, וגם למקרא החלטות בעבר, הח"מ סבור כי הוא האדם המתאים לייצג את הקבוצה.

חלק ה' – סיכום

13. אשר על כן, מתבקש בית הדין הנכבד לקבל את הבקשה, במלואה, כנגד כלל המשיבות, ובכלל זאת :
- 13.1 להגדיר את הקבוצה המיוצגת לצרכי התובענה הייצוגית כפי המוצע ;
- 13.2 להורות בדבר אופן פרסום ההחלטה על אישור התובענה כיייצוגית ;
- 13.3 לאשר למבקשים להיות תובעים מייצגים של הקבוצה ולב"כ המבקשים לייצג את המבקשים והקבוצה ;
- 13.4 לפסוק הוצאות ביניים ושכ"ט.

נדב חיים עו"ד (ח)
מ.ר. 48886

נדב חיים, עו"ד

ב"כ המבקשים