

בירושלים

בעניין:

גלי אלון בובר ת.ז. 62890819
ע"י ב"כ ד"ר שחר ולר, עו"ד ו/או פרופ' עומר דקל,
עו"ד ו/או שרית יקוטי, עו"ד ו/או גל פלאוט, עו"ד
נחלת יצחק 32 א קומה 5
תל אביב
טל': 03-7746330 ; פקס: 03-7746333

המבקשת

- נ ג ד -

1. **הראל חברה לביטוח בע"מ** ח.פ. 520004078
בית הראל
דרך אבא הילל סילבר 3
רמת-גן

(המשיבה 1 – "הראל")

2. **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ** ח.פ. 520017450
בית פניקס-הדר
דרך השלום 53
גבעתיים 53454

(המשיבה 2 – "הפניקס")

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית

בית-המשפט הנכבד מתבקש להשתמש בסמכותו בהתאם להוראת סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**"), ולהורות כדלקמן:

א. לאשר את התובענה בתיק העיקרי, ת"א 06-18-____ כתובענה ייצוגית, על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן - "**חוק תובענות ייצוגיות**").

העתק כתב התביעה המוגש בד בבד עם הבקשה דנא מצ"ב **כנספח 1**.

ב. להגדיר את הקבוצה בשמה מוגשת התובענה הייצוגית כדלקמן:

"כל אדם שהתקשר בחוזה ביטוח בריאות עם המשיבות שבו ניתוח מוגדר כמקרה ביטוח, אולם המשיבות ממאנות להכיר בחבותן כלפיו למרות שקיים צורך רפואי בביצוע הניתוח, וזאת בנימוק שמדובר בביטוח "מניעתי" או על יסוד כל נימוק אחר".

- ג. להצהיר כי בהתאם לפירוש הנכון של פוליסות לביטוח בריאות שהוציאו המשיבות שבהן ניתוח הוא מקרה ביטוח, כל ניתוח שיש צורך רפואי לבצעו הוא מקרה ביטוח, ובכלל זאת ניתוח אשר נועד למנוע מחלה או פגם או "עיוות" או למנוע את השפעתם המזיקה של אלה ("ניתוח מניעתי").
- ד. ליתן למבטחות צו עשה המחייב אותן להודיע למבוטחים ומבוטחות שהגישו נגדן תביעה בגין ביצוע ניתוח מניעתי ואשר תביעתם נדחתה, כי התביעה נדחתה שלא בצדק וכי ניתוח כאמור הוא מקרה ביטוח כהגדרת המונח בפוליסה.
- ה. להצהיר כי הפירוש המצמצם של המבטחות לפוליסות הביטוח שהונפקו על ידן שלפיו ניתוח מניעתי אינו מקרה ביטוח הינו הפרת חוזה הביטוח לבין חברי הקבוצה המבוטחים, הטעיתם והתעשרות שלא כדין על חשבונם.
- ו. ליתן צו עשה המחייב את המבטחות לקיים את הוראות הפוליסות כלפי מבוטחים שביצעו ניתוח מניעתי ובין היתר לשלם להם כל תשלום המגיע להם לפי הוראות הפוליסה בגין מקרה ביטוח שהוא ניתוח.
- ז. ליתן כל סעד אחר שבית-המשפט הנכבד ימצא לנכון.
- ח. לחייב את המבטחות בתשלום פיצוי מיוחד אחר לפי שיקול דעתו של בית-המשפט הנכבד.
- ט. להשית על המבטחות את הוצאות הבקשה ושכר טרחת עורכי דין בצירוף מס ערך מוסף כדין. כל ההדגשות בבקשה זו הוספו, אלא אם כן נאמר אחרת.

א. פתח דבר

1. עניינה של בקשה זו בסירוב בלתי-מוצדק של המבטחות להכיר בניתוח שקיים צורך רפואי לבצעו כמקרה ביטוח על פי פוליסות שהוצאו על ידן. באורח קונקרטי, אצל המבקשת אובחן פגם בגן BRCA2. המשמעות: המבקשת עלולה ללקות בסבירות גבוהה בסרטן השד או בסרטן השחלות. נוכח הסיכון העצום הכרוך במחלות אלה, לרבות מועד הגילוי המאוחר של סרטן שחלות – ההמלצה הרפואית המקובלת לנשאות של הגן מעל גיל 35 היא לעבור ניתוח (קשה) של הסרת שחלות ולעתים גם כריתת שדיים ("ניתוח כריתה").
2. קופות החולים מכירות בצורך הרפואי לבצע ניתוח כריתה בנשים מעל גיל 35 שאובחנה אצלן המוטציה האמורה והן מאפשרות כמובן את הניתוח. והנה, שתי המבטחות המשיבות, המציגות בפרסומיהן הרבים חזון והדגש שביטוח הבריאות שלהן הוא הטוב ביותר שניתן לרכוש, טוענות כי ניתוח כזה אינו מקרה ביטוח.
3. המשיבה 1 טענה במענה לתביעת המבטחת כאילו המבקשת אינה סובלת מ"בעיה רפואית פעילה" וכי "הניתוח המבוקש הינו לצורך מניעתי בשל נשאות גנטית ואינו מטפל במחלה ולא בפגם" ולכן, כביכול, אין מדובר בניתוח שאינו מהווה ניתוח כהגדרתו בפוליסה. המשיבה 2

טענה, באורח דומה, כי מקרה הביטוח מוגדר בפוליסה כ"מצבו הבריאותי של המבוטח המחייב ביצוע ניתוח" וכי "לא נמצא מצב בריאותי המחייב ביצוע הניתוח".

4. נימוקים אלה לדחיית תביעתה של המבקשת הם משוללי יסוד. הם ניתנו **כלאחר יד**, ללא כל דיון מעמיק, **תוך התעלמות מהעמדה הרפואית המקובלת**. לכל הפחות, ניתן היה לצפות שהמשיבות יציגו בפני המבקשת חוות דעת רפואית שלפיה אין כביכול צורך בניתוח. כזאת הן לא עשו. הדעת נותנת ששום רופא לא יסכים לחתום על חוות דעת שלפיה הניתוח האמור אינו תולדה של "מצב בריאותי המחייב ביצוע ניתוח". המשיבות גם לא ראו עצמן מחויבות לציין מהי היעוץ הרפואי שהן קיבלו, מי הוא היועץ הרפואי ומהו הבסיס לעמדתו. כך הן נוהגות כלפי מבוטחת המשלמת להן דמי ביטוח מזה שנים מתוך כוונה שביום סגריר – המבטחות יקיימו את התחייבויותיהן הבסיסיות כלפיה.

5. מתשובת המבטחות ניתן להתרשם כאילו המבקשת החליטה, סתם כך, לעבור ניתוח קשה שהשלכותיו קשות וכאילו אין הדבר נוגע להן. הקורא ההדיוט של מכתבי התשובה עלול לסבור שהמבקשת פנתה אל המשיבות בבקשה לביצוע ניתוח אסתטי וכי אלה השיבו לה כי מדובר בניתוח שלא נועד ליתן מענה למצבה הבריאותי. אולם זהו **אבסורד גמור**: אין למבקשת כל רצון לעבור את הניתוח. אין היא רוצה להסיר את החזה שלה, החצוצרות והשחלות. הניתוח **נכפה** עליה. הוא נועד **להציל את חייה**. ממש כך. היעלה על הדעת שבנסיבות כאלה ינערו המבטחות את חוצנן מהתחייבותן כלפי המבקשת?

6. דחייה כזו של תביעת מבוטחת היא דחייה בחוסר תום לב. היא מנוגדת לאמות מידה בסיסיות של התנהגות הנדרשות מחברות ביטוח; חברות המעניקות שירות למיליוני מבוטחים ואשר סומכים עליהן כי בבוא יום צרה הן תסייענה להן. על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בביטוח בריאות – ביטוח שחשיבותו באה לידי ביטוי בדיוק במצבים רפואיים קשים.

7. גם הנימוק של הראל כאילו הניתוח שאותו עתידה המבקשת לעבור אינו ניתוח כהגדרתו בפוליסה הוא חסר תום לב על פניו. מדובר בטענה שהיא פשוט מופרכת. היא מנוגדת לפשט-לשונן של הפוליסות; היא מנוגדת לתכליתן; היא אינה מתיישבת עם כללי יסוד של פירוש חוזי ביטוח; היא בוודאי מנוגדת לציפיות הסבירות של כל מבוטחת ומבוטח הרוכשים ביטוח בריאות מתוך ציפייה שהוא ישרת אותם בהינתן צורך רפואי לבצע ניתוח.

8. לבקשה זו מצורפת גם חוות דעתו של פרופ' משה פפא – כירורג מומחה ובעל ניסיון רב בביצוע ניתוחים מהסוג שהמבקשת תעבור. חוות הדעת מלמדת – כמו גם עמדתה של קופת חולים מכבי – שלא יכול להיות כל ספק בדבר נחיצותו הרפואית של הניתוח. מכאן המסקנה שדחיית תביעתה של המבקשת נעשתה על ידי המשיבות **בחוסר תום לב ובניגוד להוראות חוזה הביטוח**. מכאן בקשה זו. הבקשה נועדה לתקן את העוול הן ביחס למבקשת ודומותיה הן **ביחס לכל מבוטח ומבוטחת הנאלצים לעבור ניתוח שיש בו צורך רפואי אולם המבטחות מתכחשות לחבותן בנימוק שמדובר ב"ניתוח מניעתי"**.

4. המוסד המשפטי של תובענה ייצוגית נולד, בין היתר, בדיוק כדי לאפשר הכרעה שיפוטית שיש לה חשיבות עבור ציבור גדול של מבוטחות ומבוטחים. אם התובענה תתקבל ייווצר מעשה בית-

דין שימנע מחברות ביטוח להדוף שלא כדין תביעות מוצדקות המוגשות להן עקב צורך רפואי דוחק לעריכת ביטוח מניעתית.

ראוי לציין שכבר הוגשו תביעות אישיות נגד מבטחות בדיוק ביחס לסוגיה המתעוררת בבקשה זו. אולם במצבים אלה המבטחות מבכרות על פי רוב להגיע להסדר פשרה. זאת, **על-מנת למנוע מתן פסק דין היוצר פלוגתא פסוקה ביחס לפירושה הנכון של הפוליסה. כאן טמון היתרון של הליך ייצוגי על פני הליכים אישיים**: קבלת פסק דין בהליך **ייצוגי** תמנע מהמשיבות לנקוט מדיניות המכונה בשפה העממית "שיטת מצליח": אם המבטחת אינה עומדת על זכותה – מה טוב; ואם היא עומדת על זכותה – נגיע עמה לפשרה שאינה יוצרת פלוגתא פסוקה.

יצוין כי המשיבה 1 (הראל) הודיעה למבקשת שהיא מסכימה "לפנים משורת הדין" לשלם לה את ההשתתפות העצמית שתגבה ממנה במסגרת שירותי בריאות נוספים (שב"ן). זו עוד דרך שבה נוקטות מבטחות על-מנת למנוע הליכים משפטיים. המבקשת אינה מוכנה להסכין עם עמדה מקוממת כזו ולכן היא מגישה בקשה זו.

התובעת הייצוגית החליטה כי יש לשים סוף לשיטה זאת של חברות הביטוח, ולאפשר לנשים ולגברים אשר מבקשים לבצע ניתוחים מניעתיים לקבל ללא מחלוקת כיסוי ביטוחי אשר מגיע להם לפי כל דין.

9. דרך הילוכה של בקשה זו היא כדלקמן: ראשית, נציג את הצדדים לבקשה ואת הרקע העובדתי הרלוונטי. בחלק השלישי נעמוד על כך שלפי פירושן הנכון של הפוליסות ניתוח מניעתית שיש בו צורך רפואי הוא מקרה ביטוח כהגדרתו בפוליסה. בחלק הרביעי יפורטו עילות התביעה ובחלק החמישי יוסבר מדוע מתאימה התובענה דנא להידון כתובענה ייצוגית.

ב. הצדדים והקבוצה המיוצגת

5. **המשיבה 1**, הראל חברה לביטוח בע"מ ("הראל"), הינה חברת ביטוח המחזיקה ברישיון מבטח בהתאם להוראות חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981.

6. **המשיבה 2**, הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ ("הפניקס") הינה חברת ביטוח המחזיקה ברישיון מבטח בהתאם להוראות חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981.

7. **המבקשת** היא ילידת שנת 1982. בחודש ינואר 2018 התברר לה בעקבות בדיקה שקיים אצלה פגם בגן BRCA2. ההסתברות שהמבקשת תלקה בסרטן השד או סרטן השחלות גבוהה עשרות ואלפי מונים מההסתברות להתפתחות המחלות הללו במי שאין אצלה פגם כאמור. למבקשת הובהר על ידי הרופאים המטפלים בה שניתוח להסרת שחלות (וייתכן שגם להסרת שדיים) ימזער את הסיכון שהיא תלקה בסרטן.

8. **חברי הקבוצה**. כל מי שהתקשר עם המשיבות בחוזה לביטוח בריאות ובו מקרה הביטוח הוגדר כ"ניתוח". יצוין כי מתן פסק דין בתובענה ייצוגית ישרת גם מי שטרם אובחנה כזקוקה לניתוח וגם מי שטרם הגיעה לגיל 35 ולכן, לפי ההמלצה הרפואית המקובלת, אינה צריכה לעבור ניתוח.

השכיחות של מוטציות בגן BRCA1 וגן BRCA2 בקרב האוכלוסייה של יהודיות אשכנזיות היא 2.5%. ב-5% עד 10% ממקרי סרטן השד ישנו סיפור משפחתי המעלה חשד לקיומו של גורם סיכון תורשתי, כאשר גורם הסיכון השכיח ביותר לסרטן שד תורשתי הוא פגמים בשני הגנים הנקראים BRCA1 ו-BRCA2. מכאן שקיימת קבוצה מספיק גדולה של מבוטחות המצדיקה ניהול תובענה ייצוגית בעניין. יתר על כן, בקשה זו נסבה על כל מקרה שבו מתעורר צורך רפואי לעריכת ביטוח מניעתי ולכן היקפה של הקבוצה גדול עוד יותר.

דפים רלוונטיים מתוך "במה – ביטאון לעובדי בריאות בנושא מחלת הסרטן והשלכותיה (אוקטובר 2014) מצורפים לבקשה זו כנספת 2.

ג. העובדות

9. המבקשת רכשה מהראל פוליסה לביטוח בריאות.
- עותק הפוליסה מצורף לבקשה זו כנספת 3.
- עותק מהרשימה המצורפת לפוליסה, המהווה חלק בלתי נפרד הימנה, מצורף לבקשה זו כנספת 4.
10. המבקשת רכשה מהפניקס פוליסת בריאות.
- עותק הפוליסה מצורף לבקשה זו כנספת 5.
- עותק מהרשימה המצורפת לפוליסה, המהווה חלק בלתי נפרד הימנה, מצורף לבקשה זו כנספת 6.
11. בסוף חודש ינואר השנה (2018) ביצעה המבקשת בדיקה שהעלתה כי קיים אצל פגם בגן BRCA2 אשר משמעותו הינה שהיא תלקה בהסתברות גבוהה בסרטן השחלות או בסרטן השד. במסמך תוצאות הבדיקה שנשלח אל המבקשת צוין שהיא נשאית של המוטציה 6174delT בגן BRCA2. בדף ההסבר של קופת חולים "מכבי" אשר צורף לתוצאות הבדיקה נאמר, בין היתר, כך:

"נשים נשאיות למוטציה זו נמצאות בסיכון מוגבר לחלות בסרטן השד...אצל נשים שהן נשאיות של אחת המוטציות הנ"ל הסיכון לחלות בסרטן השד הינו עד כ-80% ובסרטן השד השני הינו עד 50%, ובסרטן השחלה הינו עד כ-40% ...

....

בשל הסיכון המוגבר לחלות בסרטן שחלות, אין כיום תוכנית מעקב לגילוי מוקדם בסרטן השחלות אשר הוכח כיעיל אף על פי כן מעקב שמומלץ הוא: בדיקה גניקולוגית, אולטרא-סאונד טרנס וגינאלי ובדיקת CA-125 בדם. הכל פעם בחצי שנה, מגיל 25-30. המלצה יותר מקובלת כיום בעולם היא לבצע כריתת שחלות וחצוצרות "מניעתית" להפחתת הסיכון לסרטן שחלות, באופן אידיאלי, בגיל 35 עד

40, לאחר השלמת הפוריות”.

עותק תוצאות הבדיקה וכן דף ההסבר שצורף לו מצורפים לבקשה זו **כנספת 7**.

12. הרופא המטפל הודיע למבקשת שניתוח להסרת שחלות וחצוצרות (ייתכן שגם ניתוח לכריתת שדיים) ימזערו את הסיכון. עמדה זו מתיישבת עם התוצאות של מחקרים רפואיים:

”מחקרים רטרוספקטיביים ופרוספקטיביים הראו כי כריתת שחלות מניעתית מורידה בכ-80%-95% את התחלואה מסרטן שחלות/חצוצרות הקשור לגנים BRCA1/2 נוסף על הירידה בתחלואה. כריתת שחלות מניעתית מורידה גם את התמותה הכללית בנשאות בכ-75%” (במה – ביטאון לעובדי בריאות בנושא מחלת הסרטן והשלכותיה, עמ' 28 (אוקטובר 2014) – נספח 2 לבקשה זו).

13. על כך שניתוח להסרת שחלות מקטין באורח משמעותי ביותר את הסיכון ללקות בסרטן שחלות לא יכול להיות ספק.

מצורפת חוות דעתו של פרופ' משה פאפא **כנספת 8**.

לנוכח האמור בחוות הדעת וכן בדפי ההסבר של קופות החולים לא יכול להיות שום ספק שביצוע ניתוח להסרת שחלות על ידי מי שאובחנה כנשאית המוטציות בגנים האמורים היא פרוצדורה רפואית מקובלת. מכאן שלא ניתן לכפור בתום לב בכך שמדובר בניתוח שיש בו צורך רפואי.

14. בעקבות זאת פנתה המבקשת למשיבות בבקשה להכיר בניתוח כמקרה ביטוח לפי הפוליסה. שתי המבטחות השיבו בשלילה.

1.ג דחיית תביעתה של המבקשת על ידי הראל

19. ביום 6 מרץ 2018 הגישה המבקשת להראל בקשה להכיר בניתוח שעליה לעבור לצורך הסרת שחלות ושדיים כמקרה ביטוח על פי הפוליסה.

הודעת המבקשת להראל מצורפת **כנספת 9**.

20. המשיבה 1 (הראל) דחתה את בקשת המבקשת על יסוד הנימוק הבא:

”על פי תנאי הפוליסה שברשותך, ”ניתוח” הינו כל פעולה פולשנית חדירתית אשר מטרתה ריפוי ו/או תיקון פגם או עיוות (נספח ניתוחים – 804).

עפ”י המסמכים שהתקבלו, עולה כי לא קיימת בעיה רפואית פעילה, שבגינה הופנית לביצוע הניתוח. הניתוח שעלייך לעבור הינו לצורך מניעתית (פרבנטיבית/גילוי מוקדם) ועל כן לעצרנו [כך במקור!] תביעתך אינה בכיסוי. לתשומת ליבך, בתביעות המאושרות על ידינו, גובה ההחזר הינו בהתאם לתקרת ספקים שבהסכם.

עותק מכתב הדחייה נושא תאריך 11 מרץ 2018 מצורף לבקשה זו **כנספת 10**.

15. תשובת הראל היא מקוממת. היא אינה מתיישבת עם נורמות התנהגות המצופות מחברת ביטוח. משעה שמבוטחת מודיעה להראל כי לפי עצת הרופא המטפל כוונה לבצע ניתוח והראל מצדה טוענת ש"לא קיימת בעיה רפואית פעילה" **היא על הראל לנמק את טענתה, לפרט אותה ובעיקר – לתמוך אותה בחוות דעת רפואית או במכתב מרופא המסביר מדוע בעייתה של המבקשת אינה "בעיה רפואית פעילה"**. ניתן לשער שאילו הראל הייתה מבקשת מרופא כלשהו למסור **בכתב** עמדה כזו היא הייתה נתקלת בסירוב שכן שום רופא סביר לא יכחיש שקיימת גם קיימת אצל המבקשת "בעיה רפואית פעילה".

16. בצר לה, המבקשת פנתה אל הלשכה של פניות הציבור של הראל. במכתב צוין כי המבקשת קיבלה המלצה חד-משמעית הרופא המטפל לעבור ניתוחים להסרת שחלות ושדיים. עוד נאמר בפניה כי הניתוח שאותו נדרשת המבקשת לעבור הוא מקרה ביטוח כהגדרת המונח בפוליסה, כי בפוליסה אין כל זכר להחרגה של ניתוח מניעתי, כי הראל מודעת לכך שעמדתה משוללת יסוד ולכן, כאשר מוגשת נגדה תביעה באותו עניין, היא מונעת הכרעה שיפוטית באמצעות הגעה להסדר פשרה, כי דחיית התביעה גורמת למבקשת עוגמת נפש וכי עמדת הראל יוצרת אבסורד גמור שכן לפיה על המבקשת להמתין ללא מעש עד אשר מחלת הסרטן תכה בה. במכתב אף צוין כי בדעת המבקשת להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעניין ככל שהראל תעמוד על עמדתה. מכתבו של בא כוח המבקשת אל הראל מיום 19 מרץ 2018 מצורף לבקשה זו **כנספח 11**.

17. הלשכה לפניות הציבור של הראל השיבה לפניית המבקשת כך :
"התביעה נדחתה בהתאם להנאי הפוליסה מכיוון שעל פי המסמכים הרפואיים שהתקבלו בחברתנו נמצא כי הופנית לביצוע ניתוח בהיעדר בעיה רפואית פעילה והכל כמפורט במכתבנו מ-11/03/2018. לעניין זה נקבע בנספח הניתוחים כי ניתוח הינו "כל פעולה פולשנית חדירתית החודרת דרך רקמות ומטרתה טיפולי [כך במקור!] במחלה ו/או פגיעה ו/או תיקון פגם או עיוות אצל המבוטח". עם קבלת פנייתך, פעלנו לבדיקה נוספת של הדברים ונמצא כי הניתוח המבוקש הינו לצורך מניעתי בשל נשאות גנטית ואינו מטפל במחלה ולא בפגם ועל כן אינו עונה להגדרה האמורה".

למען הסדר הטוב יצוין כי הראל הסכימה – "לפנים משורת הדין" (לגרסתה) – לממן עבור המבקשת את תשלום ההשתתפות העצמית הכרוך בביצוע הניתוח במסגרת של שב"ן. תשובתה של לשכת פניות הציבור של הראל מצורפת **כנספח 12**.

18. התשובה של לשכת פניות הציבור היא לא פחות מקוממת מהתשובה שקיבלה המבקשת ממחלקת התביעות של הראל: ראשית, גם הממונה על לשכת פניות הציבור לא סברה שחובתה של הראל במקרה כזה הוא לבסס את עמדתה על חוות דעת של רופא; שנית, הממונה על פניות הציבור ראתה לנכון **להרחיב** את נימוקי הדחייה מתוך הבנה שמכתב הדחייה הוא חסר בסיס. בעוד שבתשובתה **הראשונה** של מחלקת התביעות נטען ש"לא קיימת בעיה רפואית פעילה" וכי "הניתוח שעליך לעבור הינו לצורך מניעתי" הרי שבתשובת הלשכה לפניות הציבור נאמר

ש"הניתוח המבוקש הינו לצורך מניעתי בשל נשאות גנטית ואינו מטפל במחלה ולא בפגם ועל כן אינו עונה להגדרה האמורה".

מתשובתה של לשכת פניות הציבור עולה (כנראה) שתביעת המבקשת נדחתה משום שעמדת הראל הינה שניתוח כמו זה שהמבקשת עתידה לעבור אינו ניתוח כהגדרת המונח בפוליסה, ולא משום שאין צורך רפואי בביצוע ניתוח כזה.

19. נפנה עתה לראות על יסוד איזה נימוק דחתה הפניקס את תביעתה של המבקשת.

2.ג דחיית תביעתה של המבקשת על ידי הפניקס

20. משהתחוויר למבקשת שהראל דחתה את תביעתה היא פנתה למשיבה השנייה (הפניקס) בתקווה שזו תכבד כלפיה את התחייבותה לפי הפוליסה. אולם ביום 22 אפריל 2018 הודיעה הפניקס למבקשת שהיא דוחה את תביעתה. הדחיה נומקה כך:

"מעיון בתנאי הפוליסה שברשותך וממסמכים רפואיים שנתקבלו בחברתנו עולה כי לא ניתן לאשר את תביעתך שבנדון על פי תנאי הפוליסה כדלהלן:

הגדרת מקרה הביטוח בפוליסה בסעיף 11 הינו: "מצבו הבריאותי של המבוטח המחייב ביצוע ניתוח".

מבדיקת החומר הרפואי ומייעוץ רפואי שקיבלנו, לא נמצא מצב בריאותי המחייב ביצוע הניתוח.

נוכח האמור, החברה פטורה מכל חבות בגין הדרישה ואין לנו אלא לדחות את בקשתך".

מכתב הדחיה של הפניקס מיום 22 אפריל 2018 מצורף לבקשה זו כנספח 13.

21. תשובת הפניקס מקוממת לא פחות מתשובתה של הראל. מדובר בתשובה לא מנומקת המושתתת על "חומר רפואי וייעוץ רפואי שקיבלנו" שלא הוצג למבקשת. האם עמדת המומחים הרפואיים של הפניקס הינה שבמקרה כזה אין צורך רפואי בניתוח? האם הם חולקים על האסכולה הרפואית המקובלת בעניין? או שמא עמדת הפניקס הינה שלפי פירושה הנכון של הפוליסה מצבה של המבקשת אינו "מצב בריאותי"? איננו יודעים להשיב לשאלות אלה מאחר שהפניקס לא טרחה להסביר זאת למבקשת. אם כן, לא רק שהפניקס דחתה שלא כדין ומטעמים מופרכים את תביעת המבקשת, אלא שהיא עשתה כן ללא נימוק וללא הסבר. נימוק והסבר מתחייבים תמיד; הם מתחייבים על אחת כמה וכמה במקרה כגון דא שבו פנתה המבקשת למבטחת בבקשה למתן סיוע בקשר לניתוח קשה – ניתוח שהשלכותיו על רווחת חייה הוא משמעותי ומרחיק לכת.

21. עד כאן העובדות והנימוקים השונים ומשונים שמצאו המבטחות המשיבות על-מנת לדחות את תביעתה של המבקשת. בהקשר זה יצוין כי בחוזרים שהוצאו על ידי המפקח על שוק ההון הביטוח והחיסכון במשרד האוצר ("המפקח") נקבע שעל מבטחת לפרט כבר במכתב הדחייה הראשון את כל נימוקיה לדחיית התביעה, וכי היא מנועה מהעלאת נימוקי דחייה נוספים בשלב

מאוחר יותר. התכלית של חוזר זה היא להמריץ חברות ביטוח להתייחס במלוא הרצינות לתביעות המוגשות להן לפי הפוליסות. התייחסות רצינית מחייבת עריכת חקירה ודרישה כך שהמבוטח יקבל מענה מנומק ומפורט לתביעתו. ברור שהמבטחות לא נהגו כך במקרה הנוכחי. לא ידוע אילו פעולות בוצעו על ידן לפני משלוח מכתבי הדחייה אולם ברור שהמבקשת לא זכתה למענה מפורט ומנומק לתביעתה. בשורות הבאות נעמוד בתמצית שבתמצית על הוראות חוזרים שהוציא המפקח בעניין חובת ההנמקה של מבטחות.

3.ג הערה בדבר ההשתק החל על נימוקי דחיית תביעה שלא הועלו בהזדמנות הראשונה

4. מבטחת אינה רשאית להעלות נגד תביעת המבוטח נימוק דחייה שלא הועלה במכתב הדחייה הראשון. איסור זה מעוגן בחוזרים שהוציא המפקח. בחוזר מיום 9 דצמבר 1998 נקבע כך: "כאשר נדחית תביעתו של תובע, על המבטחת לפרט את כל נימוקי הדחייה בהזדמנות הראשונה שיש לה, ואם לא עשתה כן, לא תוכל המבטחת להעלות במועד מאוחר יותר נימוק נוסף לדחייה, אותו יכלה לטעון בהזדמנות הראשונה" ("חוזר 1998").

5. בחוזר מיום 29 מאי 2002 נקבע כך:

"חברת הביטוח רשאית להעלות נימוקים נוספים מעבר לנימוק שהובא לידיעת המבוטח בהזדמנות הראשונה, רק מקום בו מדובר בעובדות ו/או נסיבות שנוצרו לאחר אותו מועד או אם לא היה ביכולתה של חברת הביטוח לדעת עליהם, במועד בו דחתה את התביעה".

6. בשנת 2011 פרסם המפקח חוזר שכותרתו "בירור ויישוב תביעות וטיפול בפניות ציבור" ובו צוין שמבטח הדוחה את תביעת המבוטח באופן מלא או חלקי נדרש למסור לו הודעת דחייה או הודעת תשלום חלקי, וכן לפרט את נימוקי הדחייה ואף את תנאי הפוליסה או הוראות הדין, אשר בעטים נדחתה התביעה, ככל שהדחייה נסמכת עליהם.

7. בשים לב לפועלן המשולב של הנחיות אלה **מושקקות** המשיבות מהעלאת טענות נוספות לאלו שהועלה על ידן במכתב הדחייה הראשון. יצוין כי בפסיקה הוכרו חריגים מסוימים לכלל זה, אולם אלה אינם מתקיימים כאן (על חובת ההנמקה של המבטחת בעת דחייה תביעה ראו ירון אליאס, דיני ביטוח (מהדורה שלישית, 2016) פרק 20.4).

8. נפנה עתה להראות שלפי פירושן הנכון של חוזי ביטוח הבריאות בין חברי הקבוצה לבין המשיבות לא יכול להיות שום ספק שכל ניתוח שיש בו צורך רפואי הוא מקרה ביטוח; ובכלל זה – גם ניתוחים שנועדו למנוע סיכון חריג הרובץ לפתחו של המבוטח.

ד. לפי הפירוש הנכון של פוליסות הביטוח – ניתוח מניעתי שיש בו צורך רפואי הוא מקרה ביטוח המזכה את המבוטח בתגמולי ביטוח

22. נפנה תחילה להוראות הרלוונטיות בחוזי הביטוח שנוסחו על ידי המשיבות. כפי שנראה, מלשון החוזים עולה שהניתוח שהמבקשת עתידה לעבור הוא מקרה ביטוח כהגדרתו בפוליסה.

1.ד הוראות חוזי הביטוח הרלוונטיות לענייננו

ההוראות הרלוונטיות בפוליסה של הראל

23. פוליסת ביטוח הבריאות של הראל שאותה רכשה המבקשת הוכתרה בכותרת "הראל ש.ר.פ. Preferred Platinum". היא מכילה חלק שבו נקבעו תנאים כלליים ונספח שכותרתו "ביטוח לכיסוי מורחב לניתוחים".

24. סעיף 1.9 לחלק הכללי של פוליסת הראל מגדיר את המונח "מקרה ביטוח" כך:

"מעריך עובדתי ונסיבתי המתואר בכל אחד מהנספחים בפוליסה אשר קיומו מקנה למבוטח זכות לתגמולי ביטוח על-פי הפוליסה"

סעיף 1.25 לתנאים הכלליים מגדיר את המונח "ניתוח" כך:

"פעולה פולשנית-חדירתית (Invasive Procedure) החודרת דרך רקמות ומטרתה טיפול במחלה ו/או פגיעה ו/או תיקון פגם או עיוות אצל המבוטח. במסגרת זו יראו כניתוח גם פעולות פולשניות-חודרניות, כולל פעולה המתבצעת באמצעות קרן לייזר, לאבחון או לטיפול, וכן הראית אברים פנימיים בדרך אנדוסקופית, צנתור, אנגיוגרפיה וכן ריסוק אבני כליה או מרה על ידי גלי קול"

25. סעיף 1 ל"ביטוח לכיסוי מורחב לניתוחים (נספח מס. 804) קובע:

"מקרה הביטוח הוא מצבו הבריאותי של המבוטח המחייב ביצוע ניתוח אשר יבוצע על ידי מנתח הסכם או מנתח אחר"

26. סעיף 5.1 קובע שהחברה לא תהא חייבת בתשלום תגמולי ביטוח בגין "ניתוח הבא לתקן פגם ו/או מום מולד, בכפוף לסעיף 4.3 חריגים כלליים, בתנאים הכלליים לביטוח". סעיף 4.3 לתנאים הכלליים קובע שהמבטחת לא תהא חייבת בתשלום תגמולי ביטוח בגין מקרה ביטוח שנגרם "עקב מצב רפואי קודם". "מצב רפואי קודם" קיים רק כאשר מדובר ב"מערכת נסיבות רפואיות שאובחנו במבוטח" עוד קודם לתחילת הביטוח. החריג גם מוגבל בזמן, היינו: במבוטח מתחת לגיל 65 החריג יהיה תקף לתקופה שלא תעלה על שנה מיום תחילת הביטוח ובמבוטח מעל גיל 65 החריג יהיה תקף לתקופה שלא תעלה על חצי שנה מיום תחילת הביטוח. מפועלן המשולב של הוראות סעיפים 5.1 לנספח הכיסויים המורחב לניתוחים והוראות סעיף 4.3 לחלק הכללי עולה אפוא כי:

א. אם הייתה למבוטח בעיה רפואית לפני תחילת תקופת הביטוח אולם הבעיה לא אובחנה – הביטוח חל לגביה;

ב. אם הייתה למבוטח בעיה רפואית שאובחנה לפני תחילת תקופת הביטוח – הביטוח לא חל לגביה במהלך תקופה של שנה לכל היותר מיום תחילת הביטוח (במבוטחים שגילם נמוך מ-65) או של חצי שנה לכל היותר מיום תחילת הביטוח (במבוטחים שגילם מעל 65).

המסקנה היא אפוא שלפי חוזה הביטוח – ניתוח הבא לתקן פגם מולד הוא מקרה ביטוח (ובלבד שהוא לא אובחן לפני תחילת הביטוח והניתוח מבוצע במהלך שנה לאחר יום תחילת הביטוח). **נוכח זאת, כלל לא ברור מדוע הראל דחתה את תביעת המבקשת.**

27. סעיף 5.2 לנספח 804 מחריג סוגים מסוימים של ניתוחים מההגדרה של ניתוח לפי הפוליסה:

“ניתוח הקשור באופן ישיר או עקיף במטרת יופי ו/או אסטטיקה, לרבות ניתוח לתיקון קוצר ראייה וקיצור מעיים, למעט ניתוח שיקום שד לאחר ניתוח כריתת שד”.

מאחר ש"ניתוח שיקום שד לאחר כריתת שד" הוא חריג של החריג, המסקנה היא ש"ניתוח שיקום שד לאחר כריתת שד" הוא מקרה ביטוח לפי הפוליסה. זו הוראה כמעט מובנת מאליה שכן המטרה המוצהרת של החריג היא להוציא מכלל הפוליסה ניתוחים הקשורים "במטרת יופי", ואילו שיקום שד המבוצע לאחר ניתוח כריתת שד הוא תולדה של מצב רפואי שאינו נתון לבחירתה של המבוטחת.

28. ויודגש: הראל לא קבעה בפוליסה שניתוח שנועד למנוע את התוצאות השליליות של פגם אינו בגדר ניתוח כמשמעות המונח בפוליסה. ככל שהיא רצתה לקבוע זאת היה עליה לעשות כן במפורש. כך, למשל, בנספח הביטוח לתרופות מיוחדות נקבע כי טיפול תרופתי מונע מוחרג מתחולת הפוליסה:

“טיפול תרופתי מונע במסגרת שרות רפואה מונעת, טיפול בויטמינים ו/או חיסונים ו/או תוספי מזון” (סעיף 5.8).

29. עד כאן הוראות בפוליסות הראל שיש להן רלוונטיות, או עשויה להיות להן רלוונטיות, לצורך הכרעה במחלוקת בהליך זה. נפנה עתה להצגת ההוראות הרלוונטיות בפוליסה של הפניקס.

ההוראות הרלוונטיות בפוליסה של הפניקס

30. פוליסת ביטוח הבריאות של הפניקס שאותה רכשה המבקשת הוכתרה בכותרת "קו הכסף". סעיף 2.11 לתנאים הכלליים של הפוליסה (נספח 1629) מגדיר את המונח "מקרה ביטוח" כך:

“אירוע כהגדרתו בכל פרק מפרקי הפוליסה לפי העניין המקנה למבוטח זכאות לתגמולי ביטוח. הכל בכפוף לתנאים ולסייגים בפוליסה”.

31. סעיף 11 לפוליסת הפניקס שכותרתו היא "מקרה הביטוח" קובע כך:

“מקרה הביטוח הוא מצבו הבריאותי של המבוטח המחייב ביצוע ניתוח”

32. סעיף 2.20 לתנאים הכלליים מגדיר את המונח "ניתוח" באורח זהה להגדרה בפוליסה של הראל, כך:

“פעולה פולשנית-חדירתית (Invasive Procedure) החודרת דרך רקמות ומטרתה טיפול במחלה ו/או פגיעה ו/או תיקון פגם או עיוות אצל המבוטח. במסגרת זו יראו כניתוח גם פעולות פולשניות-חודרניות, כולל פעולה המתבצעת באמצעות קרן לייזר, לאבחון או לטיפול, וכן הראית אברים פנימיים בדרך אנדוסקופית, צנתור, אנגיוגרפיה וכן ריסוק אבני כליה או מרה על ידי גלי קול”

33. סעיף 2.21 לתנאים הכלליים מגדיר את המונח “ניתוח אלקטיבי” כך :

“ניתוח שהצורך בו היה צפוי, ואשר קבלתו של המבוטח לבית החולים לצורך ביצוע הניתוח אינה נעשית באמצעות הפניה מחדר מיון כמקרה דחוף, אלא שהמבוטח הופנה לניתוח על ידי רופא מומחה ממרפאה (לרבות מרפאת חוץ של בית החולים)”

סעיף 12.5 עוסק בזכאות המבוטח לתגמולים במקרה שבו המבוטח עבר ניתוח אלקטיבי תוך הבחנה בין מצב דברים שבו הוצאות הביטוח כוסו במלואן על ידי קופת החולים לבין מצב דברים שבו הוצאות הניתוח כוסו במלואן על ידי המבטח.

בהתחשב בכך שניתוח אלקטיבי הוגדר באורח ברור כמקרה ביטוח לפי הפוליסה – דחיית התביעה של המבקשת על ידי הפניקס היא לחלוטין בלתי-מתקבלת על הדעת.

34. סעיף 4.4 לתנאים הכלליים קובע את החריג הבא :

“ניתוחי ו/או טיפולים קוסמטיים ו/או אסטטיים, למעט שיקום שד עקב ניתוח כריתת שד או ניתוח פלסטי הבא לתקן שחזור פגם אשר נגרם במהלך ניתוח שבוצעו במהלך הביטוח”

אם כן, כמו בחוזה הביטוח שנוסח על ידי הראל – גם בחוזה הביטוח שנוסח על ידי הפניקס “שיקום שד עקב ניתוח כריתת שד” הוא מקרה ביטוח.

35. בדף גילוי נאות שצורף לפוליסת הפניקס, צוין כך :

פירוט הכיסויים הפוליסה	תיאור הכיסוי	שיפוי או פיצוי	צורך באישור החברה מראש והגוף המאשר	ממשק עם סל הבסיסי ו/או שב"ן: רובד ביטוחי	קיצוז תגמולים עם ביטוח אחר
הניתוחים המכוסים	כיסוי לכל הניתוחים פרט לסעיף חריגים שבפוליסה	שיפוי	אישור מחלקת התביעות	ביטוח תחליפי (א)	כן

כן	ביטוח תחליפי (א)	אישור מחלקת התביעות	שיפוי	כיסוי לכל הניתוחים במסגרת פרטית בארץ, בביצוע ניתוח בחו"ל תשלום לפי עלויות הניתוח בארץ.	כיסוי עבור ניתוחים פרטיים בארץ ו/או בח"ל
לא	ביטוח תחליפי (א)	אישור מחלקת התביעות במקרים בהם נדרשת השתתפות עצמית	שיפוי	בניתוח שכל עלויותיו על קופ"ח – סך 700 ₪ לכל יום אשפוז. בניתוח שיש השתתפות של המבטח ורק חלק מהעלויות על קופ"ח – סך של 392 ₪ לכל יום אשפוז.	פיצוי בגין ניתוח בבי"ח ציבורי

36. עד כאן ההוראות הרלוונטיות בפוליסות הביטוח. בשורות הבאות נראה שפירוש הפוליסות לפי פשט-לשונן מוביל למסקנה חד-משמעית שלפיה מוטציות בגנים BRCA1-2 הן "פגם" או "פגיעה" או עיוות" כמשמעות המונחים הללו בפוליסות, כי מוטציות כאלה הן בוודאי "מצב בריאותי המחייב ביצוע ניתוח" וכי, ממילא, גם ניתוח המונע את השפעתו השלילית הפוטנציאלית של הפגם על המנותחת – הוא ניתוח כהגדרתו בפוליסות.

2.4 כללי היסוד בדבר פירושם של חוזי ביטוח

37. כלל הפירוש לגבי כל חוזה קובע כי חוזה יש לפרש "...לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו" (סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973). הוראה זו חלה גם על חוזי ביטוח.

38. ההלכה הפסוקה ביחס לפירושו של חוזה ביטוח קובעת כך:

"פרשנותה של פוליסת הביטוח נעשית, כעיקרון, על-פי הכללים הרגילים החלים ביחס לפרשנות חוזים, קרי באמצעות עמידה על אומד-דעתם של הצדדים. עם זאת חוזה הביטוח כולל מאפיינים ייחודיים המבדילים אותו מחוזים אחרים. מבין המאפיינים הללו ניתן להזכיר, בלי למצות, את היותו של מושא הביטוח – "הממכר הביטוחי" – מוצר שאינו מוחשי, את פערי הכוחות המקצועיים והכלכליים בין המבטח למבוטח, את היכולת המוגבלת של המבוטח לעמוד על מכלול הוראותיו ומשמעויותיו של חוזה הביטוח ולהשפיע על עיצובו של חוזה זה – שהוא על-פי-רוב חוזה אחיד – ואת האינטרס הציבורי בעידוד רכישת ביטוחים" (ההפניות הושמטו) (ע"א 5775/02 נווה גן (א.כ.) בניה פיתוח והשקעות נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח, פ"ד נח(2) 307, 315 ד-2004).

39. בהתחשב "ביכולת המוגבלת של המבוטח לעמוד על מכלול הוראותיו ומשמעויותיו של חוזה הביטוח" כלשונו של בית המשפט בעניין נווה גן נפסק לא פעם כי יש ליתן ללשון הפוליסה פירוש המתיישב עם ההבנה הסבירה של מבוטח שאינו יודע דת ודין:

"כלל ראשון הוא בפרשנות מסמך כגון פוליסה לביטוח שיש לתת לו פירוש מתקבל על הלב ושווה לכל נפש ומתיישב בצרכי החיים היום-יומיים... שאינו עלול להכשיל מבוטחים תמימים, ועמו את הציבור הרחב ולעשות את הביטוח פלסטר..." (ע"א 608/70 החברה הלאומית לביטוח ולאחריות נ' לבן, פ"ד כה (1) 785, 788 (1971)).

ובמקרה נוסף נקבע כי:

"בבואנו להחליט מהו הפירוש הנכון שיש לתת למסמך המתפרש לכאן ולכאן, עלינו לאמץ את הפירוש ההגיוני, זה המתקבל על דעתו של כל אדם סביר..." (ע"א 732/72 דינרי נ' חתמי ללואידס לונדון, פ"ד כח(1) 589, 591 (1974)).

וכן:

"יש לפרש את הפוליסה על-פי המשמעות המילולית, הפשוטה והסבירה של המלים בהן השתמשו מנסחי הכתב" (ע"א 449/89 פלוק נ' רייט, פ"ד מו(2) (1992)).

“פוליסת ביטוח הינה בראש ובראשונה חוזה בין המבטח למבוטח, ולכן יש לפרשה באמצעות הכללים הרגילים החלים בפרשנות חוזים, שעיקרם בהתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מלשון החוזה ומהנסיבות החיצוניות, כאמור בסעיף 25(א) לחוק החוזים...”

לנוכח המאפיינים הייחודיים של פוליסת הביטוח – בשים לב לכך שמדובר בדרך כלל בהתקשרות חוזית בין צדדים שאינם שווים בכוחם, בחוזה אחיד במהותו, במוצר מופשט שצופה פני-עתיד שמונחיו ותניותיו אינם תמיד פשוטים להבנה לקורא מן השורה שנעדר הכשרה מקצועית – השתרשו במהלך השנים שני כללי פרשנות ספציפיים בנוגע לפוליסות ביטוח....:

ראשית, נקבע כי ככלל יש לפרש את הפוליסה על פי המשמעות המילולית הרגילה, הפשוטה וההגיונית של מילותיה. פירוש זה צריך להיות מתקבל על הלב ועל הדעת, שווה לכל נפש ומתיישב עם צרכי חיי היום-יום, והכול מתוך הנחה שהצדדים להתקשרות ביקשו ליתן ביטוי לכוונותיהם האמיתיות במילים שבחרו בתהליך הניסוח.

כמו כן נקבע כי יש לפרש את הפוליסה תוך עמידה על מכלול תניותיה של הפוליסה כשלמות אחת. שנית, נקבע כי במקרה של אי-בהירות או ספק בנוגע למשמעות הנכונה של הכתוב, יש לפרש את פוליסת הביטוח כנגד המנסח-המבטח. הרציונאל שעומד ביסודו של כלל זה הינו כי לצד שניסח את פוליסת הביטוח – חברת הביטוח – ישנו יתרון בניסוח ובעיצוב תנאי הפוליסה, ולכן הוא זה שצריך לשאת באחריות לניסוחים עמומים ודו-משמעיים. עוד הודגש כי כלל הפרשנות כנגד המנסח מקבל משנה תוקף מקום בו מדובר בתניות פטור או בחריגים לכיסוי הביטוחי, כלל זה שהשתרש במשך שנים רבות בפסיקה מעוגן כיום בסעיף 25(ב1) לחוק החוזים, ומשכך הוא חל כיום על כל חוזה ולא רק על חוזים צרכניים דוגמת חוזי ביטוח וחוזים אחרים (מ.ש. מוצרי אלומיניום נ' אריה חברה לביטוח, פסקאות 26-27 (נבו, 21.8.2013) (ההפניות הושמטו)).

3. ד נימוקי הדחייה של המבטחות אינם משקפים את אומד הדעת של המבטחות כפי שזו משתקפת בלשון החוזה

41. בחינה של נימוקי הדחייה של המשיבות מלמדת שהם אינם מתיישבים עם לשון החוזים. כזכור, הפניקס נימקה את הדחייה בכך ש"לא נמצא מצב בריאותי המחייב ביצוע ניתוח" ואילו הראל

(במכתב הדחייה הראשון (נספח 10 לעיל) טענה ש"לא קיימת בעיה רפואית פעילה" וכי "הניתוח שעלייך לעבור הינו לצורך מניעתי". טענות אלה אינן מעוגנות בלשונם של חוזי הביטוח ואינן נכונות לגופן :

ג. פגם גנטי היוצר סיכון מוחשי ביותר ללקות במחלה סופנית הוא "מצב בריאותי המחייב ביצוע ניתוח";

ד. הפוליסות **אינן** קובעות שניתוח מניעתי אינו בגדר ניתוח כהגדרתו בפוליסה. והרי אם המבטחות חפצו לקבוע זאת היה עליהן לעשות כן **במפורש** ; כזאת הן לא עשו.

42. לכן, נימוקי הדחייה של המשיבות **אינם** מעוגנים בלשונם של חוזי הביטוח.

43. הראל טענה עוד כי "הניתוח המבוקש הינו לצורך מניעתי בשל נשאות גנטית ואינו מטפל במחלה ולא בפגם ועל כן אינו עונה להגדרה האמורה" (נספח 12 לעיל). בתשובתה זו הסתמכה הראל על ההגדרה של המונח "ניתוח" בפוליסה כפעולה "חודרנית-פולשנית" שמטרתה "טיפול במחלה ו/או פגיעה ו/או תיקון פגם או עיוות אצל המבוטח".

אולם ברור לגמרי שמוטציה גנטית היוצרת סיכון של ממש ללקות במחלה סופנית היא "מחלה" או "פגם" או "עיוות". נראה זאת בקצרה בשורות הבאות.

44. המונחים "מחלה", "פגם" ו"עיוות" **אינם** מוגדרים בפוליסות הביטוח. לכן, על-מנת לפרשם יש לעמוד תחילה על משמעותם המילולית-מילונית. המילה "מחלה" מוגדרת במילון אבן שושן כ"חלי. הפרעה קלה או חמורה במצב הבריאות של הגוף...."; המילה "פגיעה" מוגדרת במילון אבן שושן כ"1. פגישה, התקלות במישהו או במשהו...2. נגיעה (לרעה), גרימת נזק, תקיפה...3. בקשה, תחנה, תפילה..."; המילה "פגם" מוגדרת במילון אבן שושן כ"1. מגרעת, קלקול, לקוי...2. חסרון, גנאי, פסול...3. נזק שנעשה, וכן דמי-הנזק....", והמילה "עיוות" מוגדרת שם כ"1. עקום, סרוס, קלקול...2. אי-דיוק בקנה-מדה או בזווית הצילום וכדומה...3. עוית, קונוולסיה".

עותק ההגדרות הרלוונטיות מתוך מילון אבן שושן מצורף לבקשה זו כנספח 14.

יוער כי המונח "טיפול" אינו מוגדר בפוליסה. הגדרה למונח "טיפול רפואי" מצויה בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, שם הוגדר "טיפול רפואי" – לרבות פעולות איבחון רפואי, **טיפול רפואי מונע**, טיפול פסיכולוגי או טיפול סיעודי".

45. בשים לב להגדרות הללו פגמים מזיקים בגנים BRCA1-2 הן בהחלט "מחלה" או "פגם" או "עיוות". המוטציות הללו גוררות סיכון חמור של התפרצות מחלה סופנית ולכן הן עונות להגדרה של "מחלה" או "פגם" או "עיוות":

א. "מחלה" היא "הפרעה חמורה במצב הבריאות של הגוף" והמוטציות המזיקות של הגנים הללו הן הפרעה חמורה כזו ;

ב. "פגם" הוא "מגרעת, קלקול, לקוי" והמוטציות המזיקות של הגנים האמורים הן בהחלט "מגרעת, קלקול, ליקוי";

ג. "עיוות" הוא גם "קלקול" והמוטציות המזיקות הן בהחלט "קלקול" בהשוואה למצב בריאותי תקין.

46. למסקנה זו הגיעו גם בתי משפט בארצות הברית. כך, למשל, עוד בשנת 1994 דן בית המשפט העליון של נברסקה בשאלה אם מצב גנטי זהה למצבה של המבקשת בענייננו עונה להגדרה של "מחלה". באותו מקרה, להבדיל מאשר בענייננו, הפוליסה הגדירה את המונח מחלה כ – "bodily disorder or disease". בית המשפט קבע שליקוי גנטי הגורם לסיכון חמור של התפרצות סרטן מהווה "מחלה" כמשמעות המונח בפוליסה:

"In light of the plain and ordinary meaning of the terms "illness," "bodily disorder," and "disease," we find that appellant's condition constitutes an illness within the meaning of the policy. Appellant's condition is a deviation from what is considered a normal, healthy physical state or structure. The abnormality or deviation from a normal state arises, in part, from the genetic makeup of the woman. The existence of this unhealthy state results in the woman's being at substantial risk of developing cancer. The recommended surgery is intended to correct that morbid state by reducing or eliminating that risk... The record establishes that a woman who suffers from breast-ovarian carcinoma syndrome does have a physical state which significantly deviates from the physical state of a normal, healthy woman..." (*Sindie Katskee v. Blue Cross/Blue Shield of Nebraska*, 515 N.W.2d 645, 652 (1994)).

פסק הדין מצורף לבקשה זו **כנספת 15**.

אם כן, בית המשפט האמריקאי קבע שמצב רפואי המהווה סטייה ממה שנחשב למצב פיזי תקין או בריא נחשב ל"מחלה". ואכן, גם לפי הפוליסות שהוציאו המבטחות במקרה דנא אין כל סיבה שלא לראות במצבה הרפואי של המבקשת "מחלה" כמשמעות המונח בשפה המדוברת. **די בכך כדי להקנות למבקשת זכאות לתגמולי ביטוח.**

47. מחקר אקדמי שנעשה כמה שנים לאחר מתן פסק דין *Katskee* מלמד ש-97% מהמבטחות בארצות-הברית מקבלות תביעות של מבוטחות הנאלצות לבצע ניתוח להסרת שחלות (מסקנת המחקר שנעשה בשנת **2001** הייתה כי – Insurers carriers reimbursed the vast majority of (BRCA mutation carriers undergoing rusk-reducing surgery").

המחקר האמור מצורף לבקשה זו כנספח 16.

48. עד כאן ראינו שעמדת המבטחות סותרת את לשון הפוליסות שהן עצמן ניסחו. אולם עמדת המבטחות גם מנוגדת חזיתית לתכלית הפוליסות. לצורך עמידה על תכליתן של פוליסות ביטוח בריאות יש לזכור כי שירותי הביטוח בישראל נחשבים לשירותים מתקדמים וברמה גבוהה. יתר על כן, קופות החולים מציעות לציבור לרכוש מהן תכניות לשירותי בריאות נוספים שאינם כלולים בסל השירותים והתשלומים של הקופה (מכוח סעיף 10(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ה-1995). אולם חרף ההיקף הרחב של שירותי הבריאות הציבוריים, חרף רמתם הגבוהה של שירותים אלה ועל אף שקיימת אפשרות לרכוש מהקופות ביטוח משלים רבים ורכשים ביטוח בריאות נוסף מחברות ביטוח מסחריות. הם עושים כן על-מנת לקנות "שקט נפשי" שמשמעו: ידיעה ברורה שאם יארע להם בעתיד מקרה ביטוח הם יהיו פטורים מהבירוקרטיה המאפיינת לעתים את שירותי הביטוח הציבוריים, והם יהיו זכאים לזכויות שהרפואה הציבורית אינה מעניקה.

49. במקרה זה מדובר בחוזי ביטוח מסוג ביטוח בריאות שבהם אחד ממקרי הביטוח הוא ניתוח. התכלית המוצהרת של חוזי ביטוח בריאות כאלה היא להעניק למבוטח הגנה מפני הסיכון שבו הוא ייאלץ לעבור ניתוח עקב צורך רפואי.

50. לסיכום: על פי פשט לשונם של החוזים, על פי נסיבות העניין, ולפי אומד דעתן של המבטחות כפי שהוא משתקף בניסוח החוזים על ידן, לא יכול להיות שום ספק שהמבקשת ומבוטחות נוספות הדומות לה סובלות מ"מחלה" או "פגם" או "עיוות" כמשמעות מונחים אלה לפי הפוליסה וכי נוכח זאת מתקיים אצלן מצב בריאותי "המחייב ביצוע ניתוח". ויתר על כן, אין בחוזי הביטוח חריג הקובע שניתוח מניעתי אינו ניתוח; חוזה הביטוח של הפניקס אף מעניק למבוטח הגנה מפורשת במקרה של ביטוח אלקטיבי שאינו נעשה מטעמים אסתטיים. לכן, הפירוש הנכון של חוזי הביטוח הוא שכל ניתוח שיש בו צורך רפואי הוא מקרה ביטוח.

4. ד לחילופין בלבד: אף אם הפוליסה ניתנת לשני פירושים סבירים אזי יש להעדיף את הפירוש לטובת המבוטחת

51. כפי שפורט בהרחבה בפרק הקודם – הניתוח שאותו מתעתדת המבקשת לעבור 'נופלי' להגדרה של ניתוח בפוליסה. אולם גם אם נניח (לצורך הדיון בלבד) כאילו קיים ספק בדבר פירושם הנכון של החוזים – הספק פועל לטובת המבוטחים ולחובת המבטחות. על כך נעמוד בשורות הבאות.

52. חוזי הביטוח מושא הליך זה הם חוזים אחידים. הם נוסחו על ידי המבטחות על-מנת שישמשו אותן לצורך התקשרות עם ציבור בלתי-מסוים של מבוטחים. במקרה כזה חלה הוראת סעיף 25(ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 שלפיה – "חוזה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו".

53. הכלל הקבוע בסעיף 25(ב1) לחוק החוזים מכונה 'כלל הפירוש נגד המנסח'. הגם שכלל זה חל בכל מקרה שבו חוזה נוסח בידי צד אחד הוא הוחל ביתר שאת במקרה של פירוש חוזי ביטוח. באחד מפסקי הדין הבולטים שניתנו בעניין זה נפסק:

"אך לעתים קיימים כללי פרשנות מיוחדים - בעלי אופי משני המשחררים את השופט מהנטל של שימוש בשיקול-דעתו ומכוונים אותו אל "התכלית הסופית". בתחום דיני הביטוח מצוי כלל פרשני משני שכזה. כלל זה קובע כי במקום שהחיפוש אחר תכלית חוזה הביטוח - כפי שניתן ללמוד עליה מכוונתם של הצדדים, מלשון הפוליסה וממקורות חיצוניים - אינו מביא לתוצאה חד-משמעית, יש לבחור באותה תכלית המיטיבה עם המבוטח. מבין שתי תכליות אפשריות - המעוגנות במקורות שמהם למד הפרשן על תכליתו של חוזה הביטוח - יש לבחור באותה תכלית שתוצאתה פועלת למען המבוטח" (ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לביטוח, פ"ד מח(1) 221, 230 (1993) (ההפניות הושמטו).

54. אם כן, גם אם נניח (לצורך הדיון בלבד) שקיים ספק אם הניתוח שאותו נדרשת המבקשת לעבור הוא ניתוח כמשמעותו בחוזה הביטוח – יש להעדיף את הפירוש לטובת המבקשת. ביחוד כך כאשר לא נקבע בחוזי הביטוח סייג או חריג שלפיו ביטוח מהסוג שאותו מתעדת המבקשת לעבור אינו 'מכוסה' על ידי הפוליסה.

5.ד לחילופין בלבד: עמדת המשיבות אינה מתיישבת עם הציפיות הסבירות של המבוטחים

55. חוזי ביטוח יש לפרש בהתאם לציפיות הסבירות של המבוטח (ע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח, פ"ד נ(3) 281 (1996); א' ברק, פרשנות החוזה (2001) 645 ("הציפייה הסבירה של המבוטח היא אמת מידה לפרשנותו של החוזה")). הדגשנו את המילה "סבירה", משום שמדובר בכלל פירוש המציב אמת-מידה אובייקטיבית. אין מפרשים את החוזה לפי גחמותיו או רצונותיו הכמוסים-סובייקטיביים של המבוטח; מפרשים את החוזה בהתאם לציפיות הסבירות-אובייקטיביות.

56. בענייננו: לא יכול להיות שום ספק שמבוטח הרוכש ביטוח בריאות מחברות מסחריות שבו נקבע כי אחד ממקרי הביטוח האפשריים הוא ניתוח – מניח, ומניח בצדק, שכל ניתוח שיש בו צורך רפואי נחשב למקרה ביטוח על פי הפוליסה.

57. עד כאן ראינו שלפי פירושם הנכון של חוזי הביטוח כל ניתוח שיש לבצעו עקב צורך רפואי (להבדיל מניתוח אלקטיביים שאין בהם צורך רפואי) – הוא מקרה ביטוח לפי החוזה. עתה נפנה להצגת עילות התביעה של הקבוצה נגד המשיבות.

ה. עילות התביעה

1. הפרת חוזה: הפירוש השגוי של המבטחות לחוזי הביטוח מהווה הפרת חוזה

58. בשים לב לכך שלפי פירושם הנכון של חוזי הביטוח, כל ניתוח שיש בו צורך רפואי הוא מקרה ביטוח – עמדת המבטחות מהווה הפרה של הוראות הפוליסה. סירובן להכיר בכך מהווה הפרה יסודית של חוזה הביטוח ביניהן לבין המבקשת או ביניהן לבין כל חבר קבוצה שפנה אליהן בדרישה דומה ובקשתן סורבה על יסוד אותה הנמקה.

59. אולם, גם אם נניח (לצורך הדיון בלבד) כאילו צודקות המבטחות בפירושן לפוליסה אזי היה עליהן לגלות למבוטחים – 'ברחל בתך הקטנה' – שהפוליסות אינן מגינות עליהם מפני ניתוחים שנועדו למנוע בעיה רפואית. כזאת הן לא עשו. בנסיבות אלה הן אינן זכאיות לפרש את חוזי הביטוח כאילו קיימו את חובת הגילוי. על חובת הגילוי והווידוא המוטלת על מבטחות נעמוד בשורות הבאות.

2.ה לחילופין בלבד: המבטחות הפרו את חובת הגילוי, ההדגשה והווידוא

60. על מבטחות מוטלת חובת גילוי והדגשה כלפי מבוטחיהן. הוראת סעיף 3 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 שכותרתה "חובה להבליט הגבלות" קובעת לאמור:

"תנאי או סייג לחבות המבטח או להיקפה יפורטו בפוליסה בסמוך לנושא שהם נוגעים לו, או יצוינו בה בהבלטה מיוחדת; תנאי או סייג שלא נתקיימה בהם הוראה זו, אין המבטחת זכאי להסתמך עליהם"

61. הפרה של חובת הגילוי וההדגשה גוררת **מניעות**: מקום שבו מבטחת מפרה את החובה היא מנועה מלהסתמך על תנאי או סייג לחבות שלא הובלט כהלכה. כפי שהוסבר קודם לכן, עמדת המבקשת הינה שהמבטחות הפרו את החוזה עמה, שכן הפירוש המצמצם שלהן לחוזי הביטוח עומד בניגוד לפשט-לשונן, לתכליתן ולציפיות הסבירות של המבוטחים. לכן, הטיעון הנטען בראש פרק זה הוא טיעון חלופי: אפילו יקבע משום מה שהמבטחות לא הפרו את הפוליסה, יש לקבוע שהן הפרו את חובת הגילוי המוטלת עליהן ומטעם זה הן מנועות מלטעון שניתוח שיש בו צורך רפואי אינו מקרה ביטוח כהגדרתו בחוזי הביטוח.

62. חובת הגילוי של מבטחות כלפי מבוטחיהן נקבעה בע"א 4819/92 אליהו חברה לביטוח נ' ישר, פ"ד מט(2) 749 (1995) ("ישר"). בית המשפט קבע שם, בין היתר, כי על המבטחת מוטלת:

"אחריות אקטיבית בדמות חובת הגילוי והווידוא. חברת הביטוח חייבת להסב את תשומת לבו של המבוטח לתנאי הפוליסה בצורה שתהא מובנת וברורה לו, ולוודא את ערנותו לכך שתוקפה חל רק בהתקיים אותם תנאים, וכי במקרים שבהם לא התקיימו לא יוכל ליהנות מגיבוש זכותו לשיפוי" (שם, בעמ' 773).

63. בית-המשפט בעניין ישר הוסיף וקבע, שגם כאשר יש עיגון מילולי בתנאי הפוליסה לתנאי שעליו מסתמכת המבטחת – עליה לוודא שהמבוטח אכן מכיר את התניה ומבין את משמעותה:

“לאור הנסיבות המיוחדות המאפיינות את ההתקשרות בחוזה ביטוח, אין מנוס מקביעת אמות מידה בסיסיות שרק בהתקיימן תוכל החברה המבטחת להשען על סייגים לחבותה כפי שנקבעו בפוליסה. אם לא דאגה קודם לכן לוודא שהמבוטח היה ער לסייגים שנקבעו על ידה, לא תוכל מאוחר יותר, שעה שהמבוטח יטען לזכותו החוזית, להתנער מחובת השיפוי. חברה מבטחת המסייגת את גבולות חבותה, פועלת בכך באופן לגיטימי, אולם היא נוטלת על עצמה, יחד עם זאת, אחריות אקטיבית בדמות חובת הגילוי והוידוא. חברת ביטוח חייבת להסב את תשומת ליבו של המבוטח לתנאי הפוליסה בצורה שתהא רחבה ומובנת לו, ולוודא את ערנותו לכך שתוקפה חל רק בהתקיים אותם תנאים, וכי במקרים בהם לא התקיימו לא יוכל ליהנות מגיבוש זכותו לשיפוי” (שם, בעמ' 771).

וכן :

“חברת הביטוח לא תוכל להתנער מחבותה החוזית כל עוד לא הבהירה למבוטח את מהות הסייגים לחבותה זו, ואם סייגים אלו חבויים אי-שם בין שורותיה הצפופות של הפוליסה שהוגשה למפקח על הביטוח בלי שהובאו לידיעת המבוטח, הרי נוצר פער בין הידוע למבטח לבין הידוע למבוטח, ופער זה יכול להכשיל את זה האחרון” (שם, בעמ' 773).

64. הלכת **ישר** פותחה, הורחבה והועמקה עם השנים. דוגמה לכך מהווה ע"א 300/97 **חסון נ' שמשון חברה לביטוח**, פ"ד נב(5) 746 (1999). המחלוקת נסבה שם על ביטוח מפני אובדן כושר השתכרות. המבטחת טענה שאירוע לב נלווה תמיד למחלה של טרשת עורקים ולכן אין לראות בו “תאונה בלעדית” לפי הפוליסה. בהתייחסו לטענה זו קבע בית-המשפט :

“אם [המבטחת] טוענת כי אירוע לב נלווה תמיד למחלה של טרשת עורקים, למשל, ולכן אינו בגדר תאונה בלעדית, על-פי לשון חוזה הביטוח, היה עליה לציין בפני המבוטח במפורש, בזמן כריתת חוזה הביטוח, כי הביטוח אינו חל על נכות כתוצאה מאירוע לב כזה. לא עשתה כן המבטחת, יהא זה חוסר תום-לב מצדה לטעון, כי לא התקיימה דרישת הבלעדיות בפוליסת הביטוח” (עמ' 763 [ג-ד]).

הלכת **חסון נ' שמשון מתאימה לענייננו כמו כפפה ליד. בהתאם לה, אם המבטחות סבורות שביטוח הבריאות שהן מוכרות לקבוצה גדולה מאוד של לקוחות אינו חל על ניתוחים מסוימים למרות שיש צורך רפואי לבצעם היה עליהן לציין זאת בפני המבוטחים “במפורש, בזמן כריתת חוזה הביטוח”. כזאת הן לא עשו והן מושתקות מלטעון אחרת בדיעבד.**

65. כמה שנים מאוחר יותר שב בית המשפט והדגיש את חובתן של המבטחות למסור מידע למבוטחים עובר לכריתת החוזה. בפסק-דין שניתן ביחס לפוליסת ביטוח חובה לכלי-רכב, ציין בית-המשפט כי חברות הביטוח חבות –

”בחובות גילוי מיוחדות כלפי המבוטח, לכל ייכשל, בבחינת ”לפני עיוור לא תיתן מכשול” ...

”ההגינות הבסיסית ביחסי מבטח ומבוטח, ובמיוחד בתחום ביטוח חובה בתאונות דרכים, מחייבת כי יהיה גילוי מלא וברור של אותן תניות פטור המגבילות את הכיסוי הביטוחי. הגבלות כאלה אינן יכולות להסתתר מאחורי ניסוחים המשתמעים לשתי פנים, המתארים על דרך החיוב את אשר הם מתכוונים להשיג על דרך השלילה. מוצר ביטוחי הנמכר באורח סטנדרטי לאלפים ולרכבות נהגים צריך להיות נהיר וברור על פניו - מה הוא מעניק ומה אינו מעניק. מקום שחובת גילוי זו לא באה על ביטוייה, יש לתקן את הדבר על-ידי פירוש חוזה הביטוח ברוח התואמת את הבנתו וציפייתו הטבעית של המבוטח” (ע”א 11081/02 דולב חברה לביטוח נ’ קדוש, פ”ד סב (2) 573 פסקאות 49-50 (2007)).

66. בית-המשפט בעניין **דולב נ’ קדוש** חזר והבהיר שחובת הגילוי החלה על מבטחות מכוח עקרונות כלליים מעוגנת גם בחובה סטטוטורית בדבר הבלטת סייגים ומגבלות לחבות (סעיף 3 לחוק חוזה הביטוח, תשמ”א-1981):

”לחובת הגילוי החלה על המבטח מכוח עקרונות כלליים מצטרפת חובה סטטוטורית מיוחדת להבליט מגבלות וסייגים לחבות המבטח. סעיף 3 לחוק חוזה הביטוח קובע, כי אין המבטח זכאי להסתמך על סייג להיקף חבותו, אם לא פירט אותו בפוליסה בסמוך לנושא אליו הוא נוגע, או שציין אותו בהבלטה מיוחדת. חובת הבלטת ההגבלות, כאמור, נקשרת לחובה לוודא שהמבוטח מודע לקיומן. מכוח פסיקת בית המשפט זה בפרשת ישר (עמ’ 773) מוטלת אחריות אקטיבית על חברת הביטוח לוודא שהמבוטח מבין את פשר הגבלות הכיסוי. עליה להסב תשומת לבו של מבוטח לתנאי הפוליסה בדרך שתהא מובנת לו, ולוודא כי הוא ער לכך שתוקפה חל רק בהתקיים אותם תנאים. הפרת חובה זו עלולה לחסום את זכותו של המבטח לטעון לקיומם של סייגים בשלב מאוחר יותר” (שם, פסקה 53 לפסק הדין).

בית-המשפט אף ציטט בהסכמה את הדברים הבאים של הנשיא שמגר בע”א 188/84 **”צור”**, **חברה לביטוח נ’ חדד**, פד”י מ(3) 1, 17 (1986) תוך שהוא מדגיש:

”...סעיף 39 חל על חוזה ביטוח, ומשמחליטים שהוא חל, הרי סעיף 39 לחוק החוזים עשוי להטיל על בעלי החוזה חובות נוספות, שזכרן אינו בא בחוזה עצמו, אך המתבקשות מהצורך להביא להגשמת החוזה בדרך מקובלת ובתום לב’ (בג”צ 59/80, עמ’ 836). חובות נוספות אלו חלות

על מבטחים כמו על כל מתקשר אחר בחוזה. במידה רבה, משום שהללו מנסחים חוזים ותניות פטור לא אחת ללא ידיעתם מראש של המבוטחים, ובלי שיש לאלו היכולת המעשית להתנגד לכך" (ההדגשות לא היו במקור והוספו בידי בית-המשפט בעניין **דולב נ' קדוש**).

67. אם כן, נטלי הגילוי, ההסבר וההדגשה חלים על כל ענפי הביטוח, על כל הסייגים ותניות הפטור הקבועים בחוזה הביטוח והם חלים על כל התקשרות ביטוחית באשר היא. כך נאמר בספרות המשפטית ביחס להיקף חובת הגילוי המוטל על מבטחות:

"ככלל מוטלת על המבטח חובת גילוי קונקרטית הכוללת בחובה את החובה לוודא שהמבוטח מודע להיבטים השונים של עסקת הביטוח. מבטח ייחשב למי שהפר את החובה, גם אם הייתה למבוטח אפשרות להתחקות על ההיבטים השונים של עסקת הביטוח בעצמו. יתרה מזו, בדיני החוזים הכלליים מתקיימות חזקות למיניהן העומדות לחובת צד לחוזה שהיה מודע, בין בפועל ובין בכוח לתנאי העסקה. צד כזה לא יוכל להיבנות מטענה של הפרת חובת גילוי של הצד האחר. לעומת זאת, בחובת הגילוי של המבטח, החזקות הללו של דיני החוזים אינן חלות. כלומר, אם בדיני החוזים הכלליים יקשה על צד לחוזה, אשר לחובתו עומדות החזקות הללו, להימלט מהאשם הרובץ לפתחו, הרי בחובת הגילוי של המבטח בדיני הביטוח אשם זה לא יעמוד למבוטח לרועץ, אלא הוא ייהנה ממשטר משפטי של אחריות כמעט מוחלטת של המבטח כלפיו" (ד' שוורץ, ר' שלינגר, **דיני ביטוח** (2005) 196-197).

על חובת הגילוי וההסבר המוטלת על מבטחות ראו גם: ירון אליאס, **דיני ביטוח** (מהדורה שלישית, 2016) 716-709; שחר ולר, **חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981** (2005) 250-256.

68. גם דרישת תום הלב מחייב את המבטחות להבהיר למבוטח את גבולותיה של הפוליסה ואת החריגים לתחולתה (ע"א 420/83 **אשור נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מד(2) 627, 650 (1990)).

69. בהינתן העובדה שחוזי הביטוח קובעים שניתוח הוא מקרה ביטוח לפי הפוליסה הרי שאם המבטחות חפצו לצמצם את ההגדרה היה עליהן לעשות כן **במפורש**, באורח מובלט ומודגש כך שהסייג יובא לידיעת המבוטחים קודם לעריכת הביטוח. כזאת הן לא עשו. לכן, אפילו בהנחה (הלא נכונה) שהפירוש של המבטחות לחוזה הוא פירוש נכון, הן הפרו את נטלי ההדגשה והוידוא כלפי המבוטחים. התוצאה היא שהן **מנועות** מלטעון שניתוח שנועד לתקן פגם המתבטא במוטציות גנטיות אינו מקרה ביטוח כהגדרתו בפוליסה.

3.ה התעשרות חברת הביטוח שלא כדין

70. הוראת סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 קובעת כך:

”מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שווייה”.

71. בענייננו, כפי שהוסבר בהרחבה, המבטחות גבו דמי ביטוח בעבור פוליסות ביטוח ולא העניקו למבוטחים השייכים לקבוצה כיסוי ביטוחי מלא. תגמולי הביטוח שלא שולמו לחברי הקבוצה הם-הם כספים שנותרו בידיה של המבטחת ”שלא על פי זכות שבדין” כלשונו של סעיף 1 לחוק עשיית עושר.

ו. המבקשת רשאית להגיש תובענה ייצוגית

72. לפי סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות ”לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה...”. פרט 2 לתוספת השנייה קובע לאמור:

”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.”

מאחר שהמבקשת היא מבוטחת והמשיבות הן חברות ביטוח חל פרט זה על התביעה.

73. סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי מי שרשאי להגיש תובענה ייצוגית הוא ”אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה”. עמדנו לעיל על זכות התביעה העצמאית העומדת למבקשת, ועל כן תנאי זה מתקיים.

1.1 כל הדרישות הקבועות בחוק לאישור התובענה כייצוגית – מתקיימות

74. לפי סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות רשאי בית המשפט הנכבד לאשר תובענה כתובענה ייצוגית אם מצא שהתקיימו בה התנאים המצטברים הבאים:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת...;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

75. כל התנאים הללו מתקיימים באופן ברור ומובהק במקרה הנוכחי, וזאת מן הטעמים הבאים :

76. **התנאי הראשון (קיום שאלות משותפות והכרעה בהן לטובת הקבוצה)** : השאלות המשותפות לכל חברי הקבוצה הינן שאלות הנוגעת לפירוש פוליסת הביטוח : הרשאית המבטחת לסרב לשלם תגמולי ביטוח למבוטח שנאלץ לבצע ניתוח מניעתי בהתאם להמלצת הרופאים. הרשאית המבטחת לסרב לשלם תגמולי ביטוח לחברי הקבוצה בגין אירועים שלא הוחרגו במפורש מפוליסת הביטוח?

שאלות אלו הן השאלות הרלוונטיות לצורך הכרעה בתביעת כל חבר קבוצה לתגמולים המגיעים לו מכוח הפוליסה. בשים לב לנימוקים שהוצגו בהרחבה בפרק הקודם, קיימת אפשרות סבירה – **לכל הפחות** – שבית-המשפט אכן יקבע כי הפירוש של המבטחות לחוזה הביטוח אינו נכון. לחילופין, אם יקבע בית המשפט שהפירוש המצמצם של המבטחות משקף את הפירוש הנכון של החוזה, הרי שקיימת אפשרות סבירה לקביעה שיפוטית שלפיה המבטחות הפרו את חובת הגילוי שלהן כלפי המבוטחים.

77. ההלכה הפסוקה קובעת שאין להעמיד תנאים מחמירים מדי בפני המבקש לאשר לו הגשתה של תובענה ייצוגית. קודם לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות נפסק שעל המבקשת לאשר תובענה כייצוגית להראות שקמה לו **עילה לכאורה** (רע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713, 720-719 (1998)). בע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו תעשיות בירה, פ"ד נא(2) 312, 327-328 (1997) פסק בית-המשפט (בהקשר של תובענה ייצוגית מכוח חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968) כדלקמן :

“נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54 מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית-המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54 א ולענייננו, שהראשונה בהן היא קיומה של עילה אישית כאמור בס' 54א(א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית-המשפט עומס יתר בכירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי.”

78. כחמש-עשרה שנים לאחר מכן פסק בית המשפט כך :

“אשר על כן, 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 נ' עמוסי, פסקה 15 (נבו, 5.7.2012)).

79. הנה כי כן, כל שנדרש המבקשת לאשר תובענה כייצוגית הוא להצביע על "אפשרות סבירה" ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט תוכרענה לטובת הקבוצה. בעניין זה ברור שאין להעמיד בפני המבקשת "דרישות מחמירות מדי, לעניין מידת השכנוע" כלשונו של בית המשפט.

במקרה דנא המצב פשוט: הניתוח שעל המבקשת לעבור הוא מקרה ביטוח כהגדרתו בפוליסה. ההתנערות של המבטחות מחבותן אינה מעוגנת בהוראות הפוליסה. היא מבוססת על פירוש המנוגד ללשון הפוליסה, לתכליתה ולציפיות הסבירות של כל אדם הרוכש ביטוח בריאות.

80. **התנאי השני (תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין):** תביעתו האישית של כל אחד מחברי הקבוצה, מבוססת על עילות זהות ומעוררת שאלות מהותיות משותפות של חוק ועובדה. כך, לדוגמה, ביסוד ההליך עומדת שאלה משפטית המשותפת לכלל חברי הקבוצה (פירושם של חוזה הביטוח). אמנם ניתן להניח שהנוק האישי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה אינו זניח, אך על-ידי ניהול ההליך באמצעות תובענה ייצוגית ניתן לחסוך התדיינות משפטית עתידית בכל הנוגע לפירושם של חוזים אלה, שהרי האלטרנטיבה לבירור הליך זה הינה תובענות עצמאיות רבות אשר יטילו עומס מיותר על מערכת המשפט ויגררו בזבוז משאבים, זמן וממון. יתר על כן, מבוטחים רבים עשויים להאמין שעמדת המבטחות מעוגנת בהוראות החוזה ולכן הן לא יינקטו נגדן הליכים; מבוטחים אחרים עשויים להיות ספקניים יותר, אולם אין בכוחם לנקוט הליכים משפטיים. כך או כך, **הליך משפטי ייצוגי ייתן מענה לקושי של קבוצת מבוטחים גדולה לעמוד על זכויותיה.**

81. יש להביא לכך שהמבטחות יחדלו מהצגת מצג כוזב כלפי מבוטחים כדוגמת המבקשת כאילו הם אינם זכאים לתגמולי ביטוח; מצג העומד בסתירה להוראות הפוליסות, לשכל הישר, להגינות אלמנטרית ואף לפסיקה שניתנה בארצות הברית בדיוק בסוגיה זו.

82. **התנאי השלישי (ייצוג הולם וניהול ההליך בדרך הולמת):** המבקשת מייצגת לפי מיטב הבנתה חברת קבוצה טיפוסית – זו שנוצר אצלה צורך רפואי בביצוע ניתוח אולם המבטחות מתנערות מחבותן כלפיה.

בא כוחה של המבקשת הוא בעל מומחיות מיוחדת בדיני הביטוח ובדיני התובעות הייצוגיות. הוא כתב את עבודת הדוקטורט שלו בדיני ביטוח ("חובות הגילוי של מבוטחים"), והוא המחבר של הפירוש לחוק חוזה הביטוח (המכון למחקרי חקיקה של האוניברסיטה העברית) (במסגרת הסדרה לפירוש חוקי החוזים מיסודו של גד טדסקי)). נוסף על כך, הוא בעל ניסיון רב בהליכי תובענות ייצוגיות (הן בייצוג של מבקשים הן בייצוג של משיבות) ואף מרצה בתחום זה ובתחום

דיני הביטוח ודיני החוזים. המבקשת סבורה שבא כוחה ייצג באופן ראוי והולם אותה ואת קבוצת המבוטחים כולה.

83. **התנאי הרביעי (דרישת תום הלב)** - התובענה הוגשה בתום-לב ממניעים כשרים ושלא על-מנת להביא את חברת הביטוח להתפשר עם המבקשת. התובענה הוגשה מתוך תקווה שהיא תוכל לסייע להסדרת נושא בעל חשיבות למבוטחים ומבוטחות רבים מקרב קבוצת המבוטחים של המשיבות בביטוח בריאות.

ז. הסעדים המבוקשים

84. עובדות בקשה זו ממחישות כיצד בכוחן של מבטחות למנוע, שלא כדין, תגמולי ביטוח ממבוטח הזכאי להם; קשה מכך: המבטחת עושה כן תוך הפרה ברורה וחד-משמעית של חוזה הביטוח שנוסחו על ידן. לא למותר להזכיר בהקשר זה את הוראת סעיף 21(2) לחוק תובענות ייצוגיות: "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

...

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;

אשר על כן מתבקש בית-המשפט הנכבד ליתן למבקש ולחברי הקבוצה את הסעדים שפורטו ברישא לבקשה.

85. הסעד המבוקש הוא בעיקרו סעד של אכיפת חוזה: על המבטחות המשיבות לקיים את התחייבויותיהן כלפי קבוצת המבוטחים ולהכיר בכל ניתוח שיש בו צורך רפואי כמקרה ביטוח על פי הפוליסה.

86. כן מתבקש בית-המשפט הנכבד לפסוק למבקש גמול מיוחד ולבאי כוחו שכר טרחה.

87. העובדות העומדות ביסוד בקשה זו מפורטות בתצהיר של המבקשת המצורף לבקשה ומהווה חלק בלתי-נפרד הימנה.

ח. סיכום

88. השאלות המשפטיות המובאות לפתחו של בית-המשפט בגדרו של הליך זה משותפות לכלל חברי הקבוצה ואין כל הבדל לעניינן בין חבר קבוצה אחד למשנהו; אם ייתן בית-המשפט את הסעדים המבוקשים יהיה בכך, עשיית צדק.

89. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה בתיק העיקרי כתובענה ייצוגית, להגדיר את הקבוצה כמפורט ברישא לבקשה וכן ליתן את הסעדים כמפורט ברישא. כן מתבקש בית-המשפט להשית על המשיבות את הוצאות הבקשה בצירוף שכר טרחת עורכי-דין ומס ערך מוסף כדין.

17 יוני 2018

ד"ר שחר ולר, עו"ד
ב"כ המבקשת