|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **לפני** | **כבוד השופט עופר גרוסקופף** | |
| **המבקשים** | | **1. ד"ר דוד הרפז**  **2. ד"ר אהרון אלכסנדרוביץ**  על ידי בא הכוח המייצג עו"ד ארנון גרפי |
| **נגד** | | |
| **המשיבות** | | **1. הראל חברה לביטוח בע"מ**  על ידי באי כוחה עו"ד דרור סברנסקי ועו"ד אורי פורת  **2. מדנס סוכנות לביטוח בע"מ**  על ידי באי כוחה עו"ד ד"ר ישראל לשם ועו"ד יוכי כדיר-פז |

|  |
| --- |
| **פסק דין**  **אישור בקשה להסתלקות מבקשה לאישור תובענה כייצוגית,)**  **תוך הקמת קרן ייעודית ותגמול)** |

לפניי בקשה מוסכמת להסתלקות מבקשה לאישור תובענה כייצוגית (להלן: "**בקשת האישור**"   
ו-"**בקשת ההסתלקות**", בהתאמה), תוך הקמת קרן ייעודית (כמפורט להלן) ותגמול המבקשים ובאי כוחם. מהטעמים המפורטים להלן החלטתי לקבל את הבקשה ולאשר את הסכמות הצדדים במסגרתה. הכול, כמפורט להלן.

1. **קיצור תולדות ההליך**
2. בקשת האישור דנן הוגשה ביום 19.11.2015 על ידי המבקשים, ד"ר דוד הרפז וד"ר אהרון אלכסנדרוביץ' (להלן: "**המבקשים**"), באמצעות באי הכוח המייצגים, נגד הראל חברה לביטוח בע"מ (המשיבה 1, להלן: "**חברת הביטוח** **הראל**"), ונגד מדנס סוכנות לביטוח בע"מ (המשיבה 2, המובילה את תחום ביטוחי הרשלנות הרפואית בישראל. להלן: "**סוכנות הביטוח** **מדנס**"). יצוין, כי חברת הביטוח הראל מחזיקה בכ-25% ממניות סוכנות הביטוח מדנס.
3. בקשת האישור הוגשה לפי פריט 2 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, שעניינו: "**תביעה נגד מבטח, סוכן ביטוח או חברה מנהלת, בקשר לעניין, לרבות חוזה ביטוח או תקנון קופת גמל, שבינם לבין לקוח, לרבות מבוטח או עמית, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו**", וכן לפי פריט 4, שעניינו: "**תביעה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים**".
4. עניינה של בקשת האישור בהסדר בלעדיות שנכרת בשנת 2009 בין חברת הביטוח הראל לבין סוכנות הביטוח מדנס, לפיו התחייבה חברת הביטוח הראל שלא לקבל עסקי ביטוח בתחום הרשלנות הרפואית מכל גורם אחר זולת סוכנות הביטוח מדנס (באופן שאם יפנה צד ג' לחברת הביטוח הראל לשם השגת כיסוי בתחום הרשלנות הרפואית עבור לקוחות חדשים היא תפנה אותו לסוכנות הביטוח מדנס, על מנת שהביטוח יבוצע דרכה); ומנגד, התחייבה סוכנות הביטוח מדנס שלא לערוך ביטוח מהסוג האמור עבור לקוחותיה, שלא באמצעות חברת הביטוח הראל (להלן: "**הסדר הבלעדיות**" או "**ההסדר**"). מועד סיומו של ההסדר נקבע לשנת 2019, וכלל הארכה אוטומטית עד לשנת 2029 (עם אופציית יציאה בשנת 2019,בתנאים שהוגדרו בהסכם).
5. בבקשת האישור נטען כי מדובר בהסדר כובל בלתי חוקי, כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988; כי הוא פוגע בתחרות החופשית ביוצרו מחסום כניסה למתחרים חדשים, וכי הוא הוביל לעליית מחירי הפוליסות של הראל בתחום ביטוח אחריות מקצועית בגין אירועי רשלנות רפואית. עילות התביעה שצוינו בבקשת האישור כללו: הפרת חובה חקוקה (בגין קיומו של הסדר כובל), ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, רשלנות, עשיית עושר ולא במשפט, והפרת חובות האמון, הגילוי והזהירות המוטלות על סוכן ביטוח (בהתאם לחוק הפיקוח על שירותים פיננסים (ביטוח), התשמ"א-1981). הקבוצה המיוצגת הוגדרה ככל מי שרכש החל מיום 15.11.2009 (מועד כריתת ההסכם) פוליסת ביטוח רשלנות רפואית של חברת הביטוח הראל, לאחר שהופנה לצורך כך על ידי סוכנות הביטוח מדנס.
6. להשלמת התמונה העובדתית יצוין, כי במסגרת בדיקה שנערכה ברשות ההגבלים העסקים בנוגע לתחום ביטוח רשלנות רפואית, נבחן הסדר הבלעדיות, אשר לא קבל אישור מרשות ההגבלים העסקיים. בחינה זו הובילה לפרסומו של צו מוסכם, במסגרתו התחייבו החברות לבטל את כל סעיפי ההסדר הנוגעים לבלעדיות ולאי תחרות, וכן לשלם לאוצר המדינה סכום של 4 מיליון ש"ח (חברת הביטוח הראל), ו-2.4 מיליון ש"ח (סוכנות הביטוח מדנס). מנגד, התחייב הממונה על ההגבלים שלא לנקוט צעדי אכיפה נגד חברת הביטוח הראל וסוכנות הביטוח מדנס בגין הוראות ההסדר המפרות לכאורה את חוק ההגבלים העסקיים (הודעה לעיתונות בעניין הגעה לטיוטת צו מוסכם פורסמה על ידי רשות ההגבלים העסקיים ביום 21.10.2015).
7. בקשת האישור הוגשה לאחר הפרסום האמור, במטרה לפצות את המבקשים וחברי הקבוצה המיוצגת על הנזק הכספי שנגרם להם לכאורה כתוצאה מקיום ההסדר – קרי, הפער בין מחיר הביטוח ששילמו בפועל לבין המחיר (המופחת, לכאורה) שהיו משלמים בתנאי תחרות ושוק חופשי.
8. ביום 25.5.2016 הגישו המשיבות את תשובותיהן לבקשת האישור, במסגרתן דחו את טענות המבקשים. בין היתר, נטען כי המבקשים כשלו מלבסס נזק כלשהו, כמו גם קשר סיבתי בין העילות המשפטיות הנטענות לבין הנזק (וזאת מעבר לטענה כי אין מדובר כלל בהסדר כובל). נטען, כי הסדר הבלעדיות לא יצר כל שינוי במצבו של שוק ביטוח האחריות לרופאים, מן הטעם שחברת הביטוח הראל וסוכנות הביטוח מדנס התנהלו בבלעדיות שנים רבות קודם לכם, וכי עליית מחירי הפרמיות שהציגו המבקשים כראיה לטענותיהם אינה נובעת מההסדר ואינה קשורה אליו, אלא משקפת שינוי בסיכון הבטיחותי שחל עקב שינויים בפסיקה (כדוגמת הלכת השנים האבודות). נטען כי מחירי הפרמיות טרם ההעלאה (ולמעשה – גם אחריה), היו הפסדיים למבטחי המשנה, עקב עליה משמעותית בכמות התביעות המוגשות ובסכומי הפיצוי הנקבעים בתיקי רשלנות רפואית; וכי כלל המתחרים, לרבות חברות ביטוח זרות שפעלו בישראל, חויבו מכורח המציאות המשפטית המשתנה להעלות את מחירי הפרמיות באופן משמעותי. עוד נטען, כי הצדדים הגיעו לצו המוסכם בטרם נערך שימוע ומבלי שרשות ההגבלים העסקיים מצאה כי קיימת פגיעה בתחרות או כוונה לפגיעה בתחרות עקב קיום הסדר הבלעדיות שבהסכם. תגובת המבקשים לתשובות אלה הוגשה בחודש אוגוסט 2016. יצוין, כי הן בקשת האישור והן התשובות לה גובו בחוות דעת מומחים.
9. בדיון שהתקיים ביום 8.9.2016 (במסגרתו חזרה חברת הביטוח הראל על טענתה כי הנתונים הכספיים מלמדים על כך שהתנהלותה במהלך השנים הרלוונטיות הייתה הפסדית, ומשכך ממילא לא נגרם כל נזק) הציע בית המשפט לצדדים למנות "**מומחה אשר יבחן את הרווחיות התפעולית (לאחר הוצאות כלליות והנהלה) של המשיבות בתחום ביטוחי אחריות מקצועית לעוסקים במקצועות הרפואה והפרא-רפואה בשנים 2015-2009**. **ככל שמסקנת בית המשפט מחוות דעת המומחה תהיה כי רמת הרווחיות סבירה, תדחה בקשת האישור. ככל שמסקנת המומחה תהיה שקיימת רווחיות הגבוהה מהרווחיות הסבירה, יימשך הדיון בתיק כאשר מסקנת המומחה תקבל מעמד של חוות דעת מומחה בהסכמה מטעם בית המשפט** [...]" (להלן: "**ההחלטה מיום 8.9.2016**").

הצדדים קבלו את הצעת בית המשפט, ולפיכך הוריתי ביום 22.11.2016 על מינויו של רו"ח עודד ברוורמן, מהפקולטה לניהול באוניברסיטת תל אביב, כמומחה מטעם בית המשפט (להלן: "**המומחה**"). בהמשך להחלטה מיום 9.9.2016, התבקש המומחה לחשב את הרווחיות התפעולית של המשיבות מהפעילות האמורה בשנים הרלוונטיות, ולהעריך האם מדובר בשיעור רווחיות חריג (אופן הביצוע הושאר לשיקול דעתו).

1. ביום 23.7.2017 הגיש המומחה את חוות דעתו המעמיקה והמפורטת (להלן: "**חוות הדעת**"), בסיכומה ציין כי –

**שיעור הרווחיות המשותפת של המשיבות בשנים 2015-2009 אינו יכול להיחשב כחריג כלפי מעלה, לא בהשוואה לרווחיות של חברות ביטוח אחרות בישראל הפועלות בתחום ביטוחי האחריות המקצועית, ולא בהשוואה לרווחיות של חברות ביטוח במדינות ההשוואה בארה"ב ובאוסטרליה הפועלות בתחום ביטוחי האחריות המקצועית הרפואית"** (עמודים 74-73 לחוות הדעת).

[**הערה**: מטבע הדברים, חוות הדעת כוללת נתונים סודיים ביחס לפעילות המשיבות. לאור זאת נקבע כי חוות הדעת תהיה חסויה, והיא לא נסרקה לתיק בית המשפט (עותק מלא של חוות הדעת נמסר לבתי המשפט ולעיון בא הכוח המייצג). מטעם דומה אף אמנע מלפרט בפסק דין זה את ממצאיה של חוות הדעת, ואסתפק בציטוט הסיכום המובא לעיל].

**ב. בקשת ההסתלקות וההסכמות במסגרתה**

1. בעקבות חוות הדעת, הוגשה ביום 15.11.2017 בקשת ההסתלקות המוסכמת שלפניי. במסגרת בקשת ההסתלקות מסרו הצדדים כי חרף העובדה כי על פי חוות הדעת, ובהתאם להחלטה מיום 8.9.2016, דין ההליך להסתיים בדחיית בקשת האישור, החליטו המשיבות להיעתר לבקשת המשיבים ובאי כוחם, ולפנים משורת הדין –

**להעמיד סך של 2,150,000 ש"ח לטובת הקמת קרן ייעודית, אשר מטרתה להעניק שיפוי, לפנים משורת הדין, בסך שלא יעלה על 100,000 ש"ח למקרה לחברי הקבוצה, אשר היו מבוטחים אצל המשיבה 1 באמצעות המשיבה 2 בין השנים 2010 ו-2015** [להלן: "מבוטח רלוונטי"] **ואשר עקב הוראות הקבועות בפוליסת הביטוח, אינם זכאים לכיסוי ביטוחי בגין אותו מקרה הביטוח..."** (זאת, בהתאם לתקנון הקרן שצורף כנספח 1 לבקשת ההסתלקות. להלן: "**תקנון הקרן**").

בבקשת ההסתלקות צוין כי הקרן מיועדת למבוטחים בביטוח אחריות מקצועית רפואית אשר היו כלולים בקבוצה בשמה הוגשה התובענה **"ואשר איתרע גורלם ומסיבות כאלה ואחרות והכול כמפורט בנספח 1, אין בפוליסת הביטוח שברשותם כיסוי ביטוחי לאירוע בגינו הם נתבעים**".

למען הסר ספק יובהר כי הקרן רשאית לתת שיפוי לפנים משורת הדין לחבר קבוצה (מבוטחי חברת הביטוח הראל באמצעות סוכנות הביטוח מדנס בשנים 2010 - 2015) בין אם האירוע בגינו התבקש השיפוי התרחש בשנים האמורות (2010 – 2015) ובין אם לאו.

1. **ויובהר**: על פי תקנון הקרן, כאשר תביעתו של מבוטח רלוונטי תידחה במלואה או בחלקה בשל אחת מהסיבות המפורטות להלן, יישלח מכתב למבוטח שבו תצוין אפשרותו לפנות לקרן. ואלו הן הסיבות: (1) תקרת הכיסוי על פי הפוליסה (לתביעה או לשנה) מוצתה. (2) התביעה אינה מכוסה, בהתאם לתנאים של הפוליסה. (3). התביעה מוחרגת או אינה מכוסה, בהתאם לתנאים ולחריגים של הפוליסה (המכתב יישלח כל עוד נותרו כספים פנויים בקרן).

עם קבלת בקשה לתשלום, תקבל הנהלת הקרן החלטה ביחס לבקשה (בנספח 1 צוין כי הנהלת הקרן "**תורכב מנציג הראל מדנס**"). במידה שההחלטה היא להיענות לבקשה, תיבדק ההחלטה על ידי בודקת חיצונית (להלן: "**הבודקת החיצונית**"), אשר תבחן האם ההחלטה עומדת בתנאים להפעלת הקרן (הבודקת החיצונית תהיה עו"ד תמר קרת, ואם היא לא תוכל מסיבה כלשהי למנות את התפקיד, עורך דין חיצוני אחר בעל ניסיון של 10 שנים לפחות בתחום הביטוח, אשר ימונה על ידי הנהלת הקרן),. החלטת הבודקת החיצונית תהיה סופית ותחייב את הקרן.

למען הסר כל ספק, יובהר בזאת כי החלטת המשיבות האם לדחות או לקבל את תביעתו של המבוטח מכוח הפוליסה, צריכה להיעשות ללא כל קשר לעובדת קיומה של הקרן החיצונית, ולשאלה האם נותרו בה כספים, אם לאו.

1. בהתאם להסכמת הצדדים, תוקם הקרן תוך 60 ימים ממועד מתן פסק דין זה, ותגיש דיווח שנתי על פעילותה גם לבא הכוח המייצג, עו"ד ארנון גרפי.

כן נקבעו בתקנון הקרן הוראות נוספות, אשר לא ראיתי טעם לפרטן בפסק דין זה, אך הן מהוות חלק מחייב מהסדר ההסתלקות.

1. הצדדים המליצו לבית המשפט לקבוע כי כל אחד מהמבקשים יקבל גמול בסך של 90,000 ש"ח (הכולל אף את הוצאותיהם ככל שהיו), וב"כ המבקשים יקבל שכר טרחה בגובה של 340,000 ₪ בתוספת מע"מ כדין, וכן החזר הוצאות בסך של 80,000 ש"ח.
2. ביום 1.1.2018 קיימתי דיון בבקשת ההסתלקות, בנוכחות באי כוח הצדדים, בסיומו הוריתי כי בקשת ההסתלקות תועבר להתייחסות היועץ המשפטי לממשלה. ביום 1.3.2018 הודיע בא כוח היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד דוד גוטמן, כי לא נמצא לנכון להתנגד לבקשת ההסתלקות.

**ג. דיון והכרעה**

1. לאור המפורט לעיל, סבור אני כי התובענה שלפני מיצתה את עצמה, ואין עוד צורך או טעם בהמשך בירורה. זאת, משני טעמים עיקריים: הראשון (והעיקרי) הוא העובדה כי חוות דעתו היסודית של המומחה מטעם בית המשפט, אשר גובשה על בסיס נתוני האמת של המשיבות שנחשפו לפניו לצרכי ההליך, מעלה כי רווחיות המשיבות בשנים הרלוונטיות לא הייתה חריגה כלפי מעלה, ולפיכך אין על פניו תמיכה לטענה כי ההסדר הכובל הנטען הסב נזק ממוני לקבוצה. שנית, בהתאם להסכמת הצדדים תוצאות חוות הדעת אמורות היו להוביל לסילוקה של בקשת האישור. אף על פי כן, הצליחו הצדדים להגיע להסכמה על הקמת הקרן הייעודית, שבה טמונה תועלת ממשית לקבוצה. עובדה זו מהווה טעם נוסף התומך בקבלת הבקשה, על ההסדר הכלול בה. לשני טעמים אלו מתווספת העובדה כי היועץ המשפטי לממשלה לא מצא לנכון להתנגד לבקשה.
2. בנסיבות העניין איני רואה טעם בהחלפת המבקשים או באי הכוח המייצגים, ואף לא בפרסום דבר ההסתלקות או בקבלת תגובות נוספות לבקשה. יודגש עם זאת כי העובדה שמדובר בקרן הפועלת מכוח הסדר הסתלקות שהושג בתובענה ייצוגית (תוך אזכור פרטי ההליך) תצוין בכל מכתב שישלח למבוטח בעניין פעילותה של הקרן (ובכלל זה מכתב דחיה כמפורט בפסקה 11 לעיל, ומכתב על החלטה בפניה לקרן).
3. באשר לסכומי הגמול ושכר הטרחה עליהם הסכימו הצדדים – מדובר אמנם בסכומים משמעותיים, בהתחשב בכך כי עסקינן בבקשת הסתלקות, אך מוצא אני לנכון לאשרם, בשים לב לתועלת שצמחה לקבוצה מהקמת הקרן הייעודית, וכן בשים לב לסיכון שנטלו על עצמם באי הכוח המייצגים, ולעבודה שהושקעה על ידם בהגשת בקשת האישור וניהולה עד השלב אליו הגיעה. כפי שציינתי בעבר, העובדה שבקשה לאישור תובענה כייצוגית מסתיימת בהסתלקות, אין משמעותה כי באי הכוח המייצגים אינם זכאים לתגמול הולם, באותם מקרים שבהם "ייזום התביעה" והבאת הסוגיה לבירור משרתים את אינטרס הקבוצה ואת האינטרס הציבורי (וראו בעניין זה: ת"צ (מרכז) 1151-09-14 **ברחד נ' מטריקס אי.טי. בע"מ** מיום 26.1.2016). סבורני כי המקרה שלפניי, בו הקמת הקרן צפויה להועיל לחברי הקבוצה, משתייך למקרים אלו.

**ד. סוף דבר**

1. לאור האמור לעיל, אני מאשר את בקשת ההסתלקות. הבקשה לאישור התובענה כייצוגית נמחקת, ותביעתו האישית של המבקש נדחית.
2. המשיבות יפעלו להקמת הקרן והפעלתה בהתאם לאמור בנספח 1 לבקשת ההסתלקות, וזאת בכפוף לאמור בפסק דין זה. הודעה על הקמת הקרן תועבר לבית המשפט על ידי המשיבות עד ליום 17.6.2018. להודעה יצורף אישור הבודקת החיצונית כי כספי הקרן הועברו לחשבון נאמנות כקבוע בתקנון הקרן. למען הסר ספק יובהר כי המשיבות יישאו בחלקים שווים בהוצאות ניהול הקרן (ובכללם שכר הנהלת הקרן ושכר הבודקת החיצונית), וכי הוצאות אלו לא יגבו מתוך כספי הקרן. כל שאלה שתתעורר ביחס לפעולת הקרן, ואשר לגביה יתעוררו חילוקי דעות בין הצדדים, או בין מי מהם לבין הבודקת החיצונית, תובא להכרעת בית המשפט במסגרת תיק זה.
3. הגמול למבקשים, ישולם תוך 30 ימים ממועד מתן פסק דין זה, וכך גם מחצית משכר טרחתם של באי הכוח המייצגים. יתרת שכר הטרחה, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית ממועד מתן פסק דין זה, תשולם לאחר שהקרן תסיים את פעילותה (בעקבות מיצוי הכספים), ולאחר שיינתן אישור בית המשפט להשלמת ביצועו של הסדר ההסתלקות.
4. במהלך פעילותה של הקרן יוגש הדו"ח השנתי על פעילותה גם לתיק בית המשפט, עד ליום 31 במרץ של השנה העוקבת לשנת הפעילות.

**תז"פ**: 18.6.2018, 1.4.2019, 1.4.2020, 1.4.2021.

**ניתן היום, כ"ה ניסן תשע"ח, 10 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.**

