



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

ניתן ביום 03 דצמבר 2019

1. הראל חברה לביטוח בע"מ
2. מגדל חברה לביטוח בע"מ
3. כלל חברה לביטוח בע"מ
4. מנורה מבטחים ביטוח בע"מ

המערערות

1. מירב תותי אשבל
2. עדנה אילון
3. יורשי המנוחה יעל גבאי ז"ל –
א. צדוק גבריאלי גבאי
ב. תקוה שושני
ג. אסתר לוי
ד. שלמה חי גבאי
4. נירית אשבל

המשיבים

מתייצבת בהליך

מדינת ישראל – רשות שוק ההון

לפני: הנשיאה ורדה וירט-ליבנה, סגן הנשיאה אילן איטח, השופט אילן סופר
נציגת ציבור (עובדים) גב' יעל רון, נציגת ציבור (מעסיקים) גב' יודפת הראל-בוכריס

בשם המערערות 1 ו-2 – עו"ד ברק טל, עו"ד עידו חיטמן
 בשם המערערות 3 ו-4 – עו"ד בעז בן צור, עו"ד אלעד פלג
 בשם המשיבים – עו"ד רמי בביאן
 בשם מדינת ישראל-רשות שוק ההון – עו"ד דנה מנחה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

פסק דין

סגן הנשיאה אילן איטח

1. האם בפוליסות ביטוח מנהלים שהנפיקו המערערות עד לשנת 2000 ישנה הפליה מגדרית פסולה? אם כן – האם נכון להיעתר לבקשת המשיבות לאשר כתובענה ייצוגית את התובענה שהגישו נגד המערערות בגין אותה הפליה?
2. שאלות אלו, העומדות בלב ההליך דנן, הגיעו לפתחנו¹ במסגרת ערעור, לאחר מתן רשות, על החלטת בית הדין האזורי ירושלים (הנשיאה (בדימוס) דיתה פרוז'ינין ונציג הציבור מר נוריאל ממליה; תע"א 2409/08, תע"א 1744/08, תע"א 1743/08, תע"א 1742/08; החלטה מיום 17.8.14), שבמסגרתה התקבלה בקשת המשיבות 1 – 4 לאשר כתובענה ייצוגית את התובענה שהגישו נגד המערערות, שבבסיסה טענת ההפליה האמורה.
3. יצוין כבר עתה כי למרבה הצער, במהלך ניהול הליך הערעור בבית דין זה, ביום 29.5.16, נפטרה המשיבה 3, גב' יעל גבאי ז"ל. בהחלטת בית הדין מיום 4.4.17 נקבע כי בנעליה יבואו יורשיה לפי צו - אחיה ואחיותיה ששם מפורט בכותרת (להלן יחד – **היורשים**). בשים לב לכך שהיורשים באו בנעלי המשיבה 3 ולאור מהות ההליך, נכנה מעתה ואילך גם את כלל המשיבים וגם את המשיבות ה"מקוריות" (המשיבות 1, 2 ו-4) "**המשיבות**".
4. נפתח ברקע כללי שיסייע בהבנת השתלשלות העניינים וטענות הצדדים.

א. רקע כללי

רקע קצר על ביטוח מנהלים

5. ביטוח מנהלים הוא אחד מאפיקי החיסכון הפנסיוני, שמטרתו תשלום קצבה חודשית בהגיע המבוטח לגיל פרישה (פנסיה) (להלן – **רכיב הגמלה**). לצד החיסכון הפנסיוני המבוטח רוכש גם כיסוי ביטוחי לסיכון מוות (להלן – **רכיב הריסק**), שנועד, ככלל, להעניק תשלום חד-פעמי למוטבי המבוטח במקרה שהלה נפטר בטרם הגיעו לגיל פרישה. בהתאם, הפרמיה המשולמת בפוליסות ביטוח מנהלים מיועדת לשתי מטרות עיקריות: פיצוי למוטבים במקרה של פטירת המבוטח לפני הגיעו לגיל פרישה ותשלום גמלה חודשית למבוטח שהגיע לגיל פרישה. הסיכונים שמשקפים כיסויים ביטוחיים אלה לחברות הביטוח הם הפוכים: בעוד שרכיב

¹ על פי החלטת בית הדין מיום 18.7.19 הוחלף הנשיא (בדימוס) יגאל פליטמן בשופט אילן סופר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

הגמלה משקף סיכון להתארכות החיים של המבוטח לאחר גיל הפרישה והתעריף שלו נגזר מתוחלת החיים הממוצעת, הרי שרכיב הריסק משקף סיכון להתקצרות החיים של המבוטח לפני גיל פרישה (בתקופת העבודה) והתעריף שלו נגזר משיעור התמותה הממוצע בגילאי העבודה. המבוטח בביטוח מנהלים יכול להוסיף כיסוי ביטוחי נוסף – אובדן כושר עבודה (להלן – **רכיב אכ"ע**).

6. מבחינה אמפירית, ואין על כך חולק, תוחלת החיים של נשים היא ארוכה יותר ושיעור התמותה שלהן בגילאי העבודה נמוך יותר. במצב דברים זה, ניתן היה לצפות, לכאורה, כך לפי טענת המשיבות, כי הבדלים אלה בין גברים לנשים יקבלו ביטוי לא רק ברכיב הגמלה (באמצעות קביעת מקדם גמלה גבוה יותר לנשים) אלא גם ברכיב הריסק (באמצעות קביעת תעריף נמוך יותר לנשים), אלא שלא כך היה לגבי תעריף הריסק (והצדדים חלוקים בטעמים לכך).

עד לשנת 2000 חושב התעריף של רכיב הריסק בפוליסות ביטוח מנהלים לפי לוח תמותה² 1949-1952 שאין בו הבחנה בין גברים לנשים. ההבחנה בין נשים לגברים קיבלה ביטוי רק ברכיב הגמלה, שלשם תמחור נעשה שימוש בלוח תמותה A(55)f&m שלמעשה כלל שני לוחות: אחד לנשים ואחד לגברים.

כלומר, בתמחור רכיב הריסק לא נלקח בחשבון שיעור התמותה הנמוך של נשים בגילאי העבודה (ביחס לגברים בגילאים אלה) והתעריף שהן שילמו ברכיב זה היה זהה לתעריף ששילמו גברים. לעומת זאת, ברכיב הגמלה כן נלקחה בחשבון תוחלת החיים הארוכה יותר של נשים (ביחס לגברים). כפועל יוצא מכך, גבר ואישה שפרשו באותו גיל ועם אותם שיעורי חיסכון, יזכו לקצבאות חודשיות בשיעורים שונים – האישה בשיעורים פחותים³.

דיון בוועדה לקידום מעמד האישה של הכנסת

7. מצב דברים זה גרם ל"חוסר נוחות" בקרב גורמים שונים ואלה הביאו אותו, בין השאר, לשולחנה של כנסת ישראל. וכך, ביום 25.1.2000 התקיים דיון בוועדה לקידום מעמד האישה בכנסת (להלן – **הוועדה או ועדת הכנסת**) שבמסגרתו נדון, בין היתר, הנושא שלפנינו (להלן – **הדיון בוועדה או הדיון בוועדת הכנסת**). בדיון השתתפו, לבד מחברות כנסת, גורמים ממשרדי ממשלה שונים ובהם משרד

² לוח תמותה הוא ניתוח סטטיסטי המבקש לחשב את סיכוייו של הפרט להישאר בחיים בגיל נתון, ומהווה אחד הרכיבים המרכזיים בחישוב הפרמיה בתכניות ביטוח חיים. ככל שתוחלת החיים ארוכה יותר, אזי תעריף דמי הביטוח יהיה נמוך יותר ומקדם הגמלה יהיה גבוה יותר.

³ יוסבר שכיוון שתוחלת החיים של נשים ארוכה משל גברים, הרי שבמצב שבו גבר ואישה חסכו סכום זהה, הגבר יקבל מדי חודש גמלה בשיעור גדול יותר, משום שכספי החיסכון שלו מתחלקים במספר חודשים קטן יותר, ואילו האישה תקבל מדי חודש גמלה בשיעור נמוך יותר, משום שכספי החיסכון שלה מתחלקים במספר חודשים גדול יותר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

האוצר – הפיקוח על הביטוח, גורמים מהמגזר העסקי – התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ (להלן – **ההתאחדות**), התאחדות התעשיינים וגורמים נוספים. בפתח הדיון הוצגה תמונת המצב נכון לאותה העת, תוך הבחנה, לעניין הפתרון הרצוי, בין פוליסות קיימות לפוליסות חדשות, אך תוך אמירה ברורה שהמצב אינו נראה בעין יפה ויש לפעול לתיקונו. לקראת תום הדיון אמר מר משה וינרב מטעם ההתאחדות: **"אני מוכן... להעביר לחברות הביטוח ולומר להם שועדת הכנסת מבקשת... מהחברות [חברות הביטוח – א.א.] שכל התעריפים החדשים שהם יגישו מעתה ואילך, תהיה בהם הבחנה בין נשים ובין גברים"** והוסיף כי **"אנחנו לא יכולים לכפות... כפייה זה הגבל עסקי. אני יכול לבוא ולומר שנוכחנו [כך במקור – א.א.] בישיבת הוועדה וזו בקשה חד-משמעית של הוועדה"**. מר שחר כרובי, מטעם המפקח על הביטוח במשרד האוצר (להלן – **המפקח על הביטוח או המפקח**), אמר כי לא זו בלבד שיינתנו אישורים לחברות ביטוח שיגישו תכניות ביטוח שיכללו שינוי כאמור – שתופיע בהן הבחנה בין נשים לגברים גם בתעריף רכיב הריסק, אלא שהמפקח אף מעודד זאת.

8. ואמנם בעקבות הדיון בוועדה ובו ביום נשלח מכתב מטעם ההתאחדות ומטעם איגוד חברות הביטוח בישראל אל **"מנהלי אגפים לביטוח חיים"**, שעניינו **"קיפוח נשים בביטוח מנהלים – דיווח מישיבת ועדת הכנסת..."**. במכתב נמסר כך:

1.4 **"הטענה המרכזית שבתלונה היתה שחברות הביטוח עורכות אבחנה בתעריפים ובכופלים בין גברים לנשים כאשר מדובר בחישוב גימלא, בשל תוחלת חיים ארוכה יותר של נשים. אך, אינן עושות אבחנה בתעריפי סיכון המוות לנשים למרות הסתברות התמותה הנמוכה יותר לנשים בגילאים רבים."**

3. החלטות

3.1. **ועדת הכנסת מבקשת מכל חברות הביטוח שבכל תעריף חדש לסיכון מוות שיוגש מעתה ואילך לאישור הפיקוח ו/או יפורסם לציבור תעשה אבחנה בין תעריפי נשים לתעריפי גברים.**

3.3. **ועדת הכנסת מבינה את הקשיים שביישום שינויים על פוליסות קיימות, ולכן אם יתקיים האמור בסעיף 3.1 הועדה נוטה שלא להתערב לגבי תעריפים בפוליסות קיימות.**

3.4. **על ההתאחדות להביא לידיעת חברות הביטוח את בקשת הועדה."** (הדגשה בקו תחתון במקור – א.א.)

9. בעקבות מכתב זה ובהתאם לאמור בו, שינו חברות הביטוח בתחילת שנות ה-2000 את רכיב הריסק – תחילה שונו התעריפים ולאחר מכן, בעקבות שינוי חקיקה, נוספו לוחות תמותה עדכניים המבחינים בין גברים לנשים (להלן – **תכניות**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

הביטוח החדשות). שינוי זה, המתייחס לתכניות הביטוח החדשות בלבד, קיבל את אישור המפקח על הביטוח. אם כן, תכניות הביטוח החדשות כוללות כיום הבחנה בין גברים לנשים הן לעניין תעריף רכיב הריסק והן לעניין מקדמי הגמלה ברכיב הגמלה. לעומת זאת, בפוליסות ביטוח המנהלים העומדות במוקד ההליך דנן (להלן – **הפוליסות הרלוונטיות**), שהונפקו לכל המאוחר עד לשנת 2000, לא נערך השינוי האמור. יצוין כי בפוליסות הרלוונטיות, מבוטחים שהגיעו לגיל פרישה היו רשאים לבחור למשוך את כספי החיסכון באופן הוני חד פעמי במקום לקבל קצבה חודשית. עוד יצוין כי אין מחלוקת שביחס לכספי חיסכון הנמשכים במשיכה הונית חד פעמית, אין כל הבדל בין גברים לנשים.

עניין ליברמן

10. על רקע הדברים הללו, הוגשו בחודש פברואר 2000 לבית הדין האזורי תל אביב כמה תובענות נגד מספר חברות ביטוח (ובהן המערערות 2 ו-3) ולצדן בקשות לאישורן כתובענה ייצוגית (ע"ב 2314/00 **ליברמן – כלל חברה לביטוח בע"מ**; להלן – **עניין ליברמן**). בתובענות ובבקשות לאישורן נטען, בדומה לנטען בענייננו, כי דמי הביטוח המשולמים על ידי נשים בביטוחי מנהלים הם מופרזים, לאור שיעורי התמותה הנמוכים בהרבה של נשים ביחס לגברים וכי הותרת המצב על כנו מהווה הפליה פסולה.

11. ביום 10.1.2002 ניתן תוקף של פסק דין להודעה מוסכמת שהגישו הצדדים בעניין **ליברמן**, שאלה עיקריה:

"הצדדים מתכבדים להודיע לבית הדין הנכבד, כי הגיעו להסכמה בדבר מחיקת התובענות והבקשות לאישורן כתביעה ייצוגית, וזאת, בין היתר, מהטעמים הבאים:

א. העניינים שאמורים היו להידון במסגרת התובענות, ובפרט הטענה לאפליית נשים בביטוחי מנהלים, התבררו – עוד לפני הגשת התובענות – בפני ועדה לקידום מעמד האשה בכנסת, בדיון בו השתתפו נציגי ציבור ונציגי אגף הפיקוח על הביטוח. במסגרת זו, נבחנו מכלול ההיבטים הקשורים בביטוח המנהלים, לרבות ההיבטים הציבוריים והתחשיבים האקטואריים הצריכים לעניין.

ב. בעקבות הדיון המליצה ועדת הכנסת לנציגי הפיקוח על הביטוח ולחברות הביטוח על עריכת שינויים בתמחור ביטוחי מנהלים.

ג. המשיבות הוציאו פוליסות ביטוח חדשות, שאושרו על ידי המפקחת על הביטוח בעקבות ההמלצות הנ"ל.

ד. שינויים אלה נתנו ביטוי הולם למכלול השיקולים הרלבנטיים והביאו להכרה בקושי לקבל את התביעות לגופן. ממילא, יש בשינויים אלה, כשלעצמם, כדי לייתר את התובענות דנא.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

ה. במסגרת הסדר זה הכירו המבקשות בקושי המשפטי לאשר את הבקשות שהגישו להכיר בתובענות כבתביעה ייצוגית, וזאת נוכח משקלם המצטבר של טיעוני המשיבות, ובפרט:

(1) העובדה שמדובר בפוליסות ביטוח אשר נערכו טרם חקיקתו של פרק התובענות הייצוגיות בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981, שהינו פרוספקטיבי והעובדה שבאחת מן התובענות מצויה תניית ברורות...

(2) הגדרתה של הקבוצה המיוצגת הינה סבוכה, מורכבת, ומצריכה בחינה פרטנית בעניינה של כל אחת מהמבוטחות על נסיבותיה ומאפייניה האישיים. משכך, קיים קושי בהגדרת 'קבוצה' ובוודאי קבוצה הומוגנית, הנדרשת לצורך אישור תביעה ייצוגית.

(3) במקרה דנא קיים קושי ניכר בתביעה רטרואקטיבית של זכויות, שכן תביעה שכזו מתערבת בשיקולי התמחור הפנימיים והיא עלולה לפגוע בקבוצות אוכלוסיה שונות, לרבות אוכלוסיות שונות של נשים בעלות מאפיינים חיתומיים יחודיים.

"...

עוד כתבו הצדדים לעניין ליברמן כי המשיבות שם (חברות הביטוח) נאותו "לשאת בהוצאות המבקשות ובשכר הטרחה של" באי-כוחן, ביקשו ליתן להסכמתם תוקף של פסק דין ולהורות, בהתאם להסכמה, על מחיקת התובענות והבקשות לאישורן ללא צו להוצאות. כאמור, כך נעשה בפסק דין מיום 10.1.2002. יצוין כי באותו המועד טרם נחקק חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006 (להלן – **חוק תובענות ייצוגיות או החוק**), וחלק ניכר מטענות הנתבעות עסק בשאלה אם התובענה שם עומדת בתנאי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984 (שמכוחה הוגשו בעבר תובענות ייצוגיות מסוימות).

בג"ץ פידלמן

12. בטרם נפרוש את העובדות הרלוונטיות למקרה שלפנינו ואת השתלשלות העניינים בו, נתייחס בפירוט-מה לפסק הדין בבג"ץ פידלמן⁴. זאת בשל המשקל שניתן לו בטענות הצדדים, בין היתר על רקע ההסתמכות עליו בהחלטה מושא הערעור, ועל מנת שטענות הצדדים ופסיקת בית הדין האזורי בהתייחס אליו תהיינה ברורות. כן נביא בתמצית קווים כלליים על עולם התובענות הייצוגיות.

13. בבג"ץ פידלמן הובאו להכרעת בית המשפט העליון, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, שתי עתירות שעניינן אחד – תביעה להשוואת שיעורי פנסיית השארים המשתלמים לאלמנים של מי שהיו חברות בקרן פנסיה מסוימת (מבטחים מוסד

⁴ בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר מר בנימין נתניהו, פ"ד סב(4) 406 (2008) (להלן – בג"ץ פידלמן).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ; (להלן – **מבטחים**) לשיעורי פנסיית השארים המשתלמים על ידי אותה קרן לא למנות של מי שהיו חבריה. בעתירה האחת (להלן – **עתירת אלחנתי**) נתקף סעיף 19 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003 (להלן – **חוק ההבראה**), שהורה על ביטול חוק השוואת זכויות פנסיה לאלמן ולאלמנה, התשס"א-2000 (להלן – **חוק השוואת זכויות**). ביטול חוק זה החזיר לתוקפו את אי השוויון ששרר בשיעורי פנסיית השארים המשתלמים לאלמנים לאלה המשתלמים לאלמנות בקרנות הפנסיה הוותיקות, ובהן מבטחים. העתירה האחרת (להלן – **עתירת פידלמן**)⁵ הופנתה נגד פסק דינו של בית דין זה⁶, שבו נקבע כי תקנה 35 לתקנות מבטחים מפלה שלא כדין בין אלמנים לאלמנות ולפיכך דינה בטלות. עוד נקבעה **בעניין פידלמן בארצי** בטלותה של הוראה הכלולה בתקנון האחד שהכין המפקח על הביטוח (להלן – **התקנון האחד**), הדומה להוראת תקנה 35 האמורה. יצוין כי לעניין הסעד הוחל עקרון הבטלות היחסית ומועד בטלות ההוראות הרלוונטיות הושעה למשך שנה ממתן פסק הדין, על מנת ליתן לנוגעים בדבר שהות לבחון מחדש את הנושא. עוד נקבע כי אין בביטול תקנה 35 האמורה כדי לאיין פעולות שנעשו מכוחה בעבר.

14. במוקד הדיון **בעניין פידלמן בארצי** עמדו שתי הוראות בתקנות מבטחים. האחת בנוגע לזכאות לפנסיית שארים של אלמן או אלמנה שבני זוגם נפטרו לפני גיל פרישה, בהיותם עמיתים פעילים בקרן, והאחרת בנוגע לזכאות לפנסיית שארים של אלמנה או אלמן שבני זוגם נפטרו לאחר גיל פרישה, כשהם זכאים לפנסיית זקנה מן הקרן. אשר לעניין הראשון קבעה תקנה 31(ד) לתקנות מבטחים כי "**אלמן של פנסיונרית יקבל פנסיה בשיעור 50% מפנסית אלמנה...**". אשר לעניין השני נקבע בתקנה 35(ג) כי "**אלמן יקבל פנסיה בשיעור של 50% מהפנסיה שהיתה מקבלת אלמנה...**". כלומר, על פי תקנות אלה, שיעור פנסיית השארים שזכאי לה האלמן עומדת על מחצית משיעור פנסיית השארים שזכאית לה האלמנה⁷. תקנות אלה היו רלוונטיות אף לעתירה הנוספת שנדונה בבית המשפט העליון, מאחר ש"**חקיקת סעיף 19 לחוק ההבראה אשר ביטל את חוק השוואת הזכויות החזיר לתקנות אלה את תוקפן המחייב והקובע בכל הנוגע לתשלום פנסיית שארים**

⁵ נכנה את העתירה "**עתירת פידלמן**" אף שהעותרת היתה מבטחים.

⁶ ע"ע (ארצי) 1407/01 **פידלמן - מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ** (17.10.2004) (להלן – **עניין פידלמן בארצי**). להלן יכונה בג"ץ **פידלמן ו-עניין פידלמן בארצי** יחד – **פסקי הדין בעניין פידלמן**.

⁷ יצוין כי על פי הוראות נוספות בתקנות, זכויות האלמן יהיו כזכויות האלמנה, לעניין שיעור פנסיית השארים, אם הוא אינו מסוגל לכלכל עצמו כדי מחייתו מחמת נכות מלאה והוא מחוסר כל הכנסה אחרת.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

לאלמנים⁸. יצוין כי עד לחודש יולי 1972, על פי תקנות קרנות הפנסיה הוותיקות, לא היה אלמן של פנסיונרית או עמיתה פעילה זכאי לפנסיית שארים כלל וכי תקנוני קרנות הפנסיה החדשות קובעים שיעור פנסיה שווה לאלמנים ולאלמנות. 15. התקנון האחד של קרנות הפנסיה הוותיקות, שהוכן על ידי המפקח על הביטוח ונכנס לתוקפו ביום 1.10.2003, אימץ לעניין פנסיית השארים של אלמנים ואלמנות את ההסדרים שנקבעו בתקנוני הקרנות, דוגמת תקנות 31 ו-35 לתקנות מבטחים. כך, בסעיף 19 לתקנון האחד נקבע כי אלמנת פנסיונר תקבל קצבה בשיעור 60% מקצבתו האחרונה ואילו אלמן פנסיונרית יקבל קצבה בשיעור 30% מקצבתה האחרונה. ובסעיף 23 לתקנון האחד נקבע כי אלמנת "מבוטח פעיל" תקבל קצבה בשיעור 40% משכרו הקובע ואילו אלמן "מבוטח פעיל" יקבל קצבה בשיעור 20% משכרה הקובע⁹.

16. במסגרת הדיון המאוחד בבית המשפט העליון בשתי העתירות, צורפו לדיון, נוכח השלכות הרוחב, היועץ המשפטי לממשלה, יתר קרנות הפנסיה הוותיקות מלבד מבטחים וארגוני גמלאים שביקשו להצטרף. בפסק דינו אישר בית המשפט העליון, מפי השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות, את פסק דינו של בית דין זה **בעניין פידלמן בארצי**. תחילה עמד בית המשפט העליון על חשיבותו של עקרון השוויון, על תחולתו גם בתחומי המשפט הפרטי (תוך הדגשת הסממנים המעין-ציבוריים של קרנות הפנסיה הוותיקות) ועל מקומו הנכבד במשפט העבודה. לאחר מכן עבר ובחן את השאלה המרכזית והיא אם קביעת שיעורי פנסיית שארים שונים לאלמנים ולאלמנות מהווה פגיעה בעקרון השוויון, בשים לב לטענות מבטחים שלפיהן, בין היתר, לא ניתן לנתק את ההסדר השונה לאלמנים ואלמנות ממכלול הזכויות והחובות של העמיתים והעמיתות בקרנות הפנסיה הוותיקות וכי ההבחנה בין האלמנים לאלמנות נעשתה משיקולים ענייניים. וכך נקבע¹⁰:

"אכן, לא כל יחס שונה עולה כדי אפליה פסולה. אפליה כזו קיימת מקום שבו נעשית הבחנה בין אנשים או מצבים בלא שיש לכך הצדקה עניינית. לעומת זאת ייתכנו מקרים שבהם יצדיקו טעמים ענייניים את ההבחנה ואת השוני... בכל מקרה שבו מועלית טענת אפליה יש לבחון, אפוא, האם היחס השונה מוצדק על פי טיב העניין ומהותו ובמקרה שלפנינו יש לבחון האם כטענת הקרנות והמדינה קיימים טעמים ענייניים המצדיקים את השוני בין אלמנים לאלמנות בכל הנוגע לשיעור פנסיית השארים".

⁸ בג"ץ פידלמן, בסעיף 5 לעמדת השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות. יתר הציטוטים מבג"ץ פידלמן הם מפסק דינה של השופטת חיות (כתוארה אז), אלא אם נכתב אחרת.

⁹ גם כאן נקבע כי אלמן מעוט יכולת שאין לו הכנסה מעבודה או מכל מקור אחר, יהיה זכאי לפנסיה זהה לזו של אלמנה.

¹⁰ בג"ץ פידלמן, בסעיף 22 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

17. בהמשך נפרש בהרחבה הרקע שהביא לקביעת ההסדר שבלב העתירות – הסדר שלפיו פנסיית שארים לאלמנים היא בשיעור של מחצית מזה שזכאיות לו אלמנות. הוסבר כי הסדר זה בא לעולם בשנת 1972 בעקבות המלצה של ועדה שקמה לבחינת הנושא. אותה ועדה הציגה שני טעמים עיקריים לכך שביסוד ההסדר המקורי כלל לא הוקנתה פנסיית שארים לאלמנים. טעם אחד הוא ההנחה שהגבר הוא המפרנס העיקרי ולכן גם אם האישה הולכת לעולמה הוא יכול לפרנס את עצמו. הטעם האחר נעוץ בהבדל בין גיל הפרישה של נשים לגיל הפרישה של גברים. אשר לטעם האחד קבע בית המשפט העליון¹¹:

"ראויה לציון העובדה כי כבר בשנות השבעים של המאה הקודמת, וכפי העולה מדו"ח הוועדה, נדחתה העמדה שהציגו בפנינו הקרנות והמדינה לפיה יש הצדקה להסדר שונה לאלמנים ולאלמנות בעניין פנסיית השארים בשל הפערים הקיימים בין נשים לגברים בשוק העבודה או בשל היותו אך משקף מציאות דיפרנציאלית קיימת בין נשים וגברים בישראל. דחייתה של גישה זו תוקפה עימה גם כיום וביתר שאת... פערי שכר אלה אין בהם כדי להצדיק יחס שונה לאלמנים באשר לשיעור הפנסיה וזאת משני טעמים. ראשית, העובדה כי שכרן של הנשים-העמיתות נופל בדרך כלל מזה של הגברים-העמיתים באה ממילא לידי ביטוי בחישוב פנסיית השארים המשתלמת כאחוז מתוך השכר הקובע של העמית והעמיתה. שנית, אף אם כטענת הקרנות הותיקות היחס השונה והזכויות השונות לאלמנים אינם אלא בבואה של מציאות הדברים כהווייתה והם נובעים מכך ששכרן של הנשים-העמיתות נופל בדרך כלל מזה של הגברים-העמיתים, נראה כי קביעת שיעור הפנסיה לאלמנים בהתבסס על אותה מציאות יש בה משום השלמה עימה. השלמה כזו אך מעצימה את הפער הבלתי ראוי והבלתי מוצדק הקיים בין שכרן של נשים לשכרם של גברים והיא עלולה לתרום להנצחתו בעוד שראוי לפעול לעקירתו מן השורש... '... ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המשמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטראוטיפי שדבק בקבוצה שפלוני נמנה עם חבריה' (...)."

אשר לטעם השני, הנוגע להבדל בגיל הפרישה, נקבע כי אמנם "סוגיית גילאי הפרישה הדיפרנציאליים לנשים ולגברים היא סוגיה מורכבת"¹² אך "המשפט הישראלי אינו משקיף באהדה על גיל פרישה מוקדם לנשים ושואף לשוויון או לפחות לצמצום הפער בין ובין הגברים בהקשר זה"¹³. לכן, גיל הפרישה המוקדם לנשים אינו מצדיק הסדר שונה לאלמנים ולאלמנות בכל הנוגע לפנסיית שארים. עוד נקבע כי "קשה לקבל את טעונו המדינה וקרנות הפנסיה הותיקות כי

¹¹ שם, בסעיף 24 לפסק הדין.

¹² שם, בסעיף 25 לפסק הדין.

¹³ שם, בסעיף 26 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

הבדלים אפשריים בגיל הפרישה בין גברים לנשים יוצרים שוני בין עמיתים לעמיתות שהינו רלבנטי לשוני שיצרו הקרנות בעניין שיעור פנסיית השארים לאלמנים ולאלמנות¹⁴.
וכך סוכמה הסוגיה כולה¹⁵:

"משלא נמצא לנו שוני רלבנטי היכול להצדיק את ההסדר השונה לאלמנים ולאלמנות בתקנות מבטחים ובתקנוני קרנות הפנסיה הותיקות האחרות לגבי פנסיית שארים, אין מנוס מן המסקנה כי בפנינו הסדר הפוגע בשוויון שיש לקיים בין גברים לנשים בכל הנוגע לשיעוריה של אותה הפנסיה. הפגיעה הפסולה בשוויון מתקיימת בהסדר המפלה שבנדון על בסיס מגדרי ובשני רבדים: האחד נעוץ באפליה בין עמיתות לעמיתים באשר לשיעור הפנסיה שזכאים לו שאריהם, אף ששיעור דמי הגמולים שמפרישים העמיתות ומעבידיהן לאורך השנים זהה לזה שמפרישים העמיתים ומעבידיהם. והשני נעוץ באפליה בין אלמנים לאלמנות בכך שהאלמנים זכאים למחצית בלבד משיעור הפנסיה שזכאיות לו האלמנות. לאפליה זו על שני רבדיה לא סיפקו הקרנות כל הסבר מניח את הדעת, למעט גישות סטריאוטיפיות לפיהן נתפסת האישה כמפרנס משני וכבעלת מעמד נחות בשוק העבודה מבחינת השכר שהיא מקבלת; מבחינת הנכונות להעסיקה; ומבחינת משך העסקתה. אף כי לצערי חלק מגישות אלה יש להן עדיין אחיזה בשוק העבודה הישראלי דומה כי אין חולק שזוהי מציאות בלתי רצויה אשר יש לפעול בהתמדה לעקירתה מן השורש. משכך הסדר הנאחז בגישות אלה כדי להצדיק אפליה בין גברים לנשים בשיעור פנסיית השארים אינו יכול להיתפס אלא כהסדר שיש בו משום פגיעה בכבודן של הנשים כעובדות וכעמיתות בקרנות וכן בכבודם של האלמנים משום שהוא פוגע ללא הצדקה ברמת חייהם לאחר מות נשותיהם. במובן זה מדובר באפליה הקשורה קשר ענייני והדוק לכבוד האדם והפגיעה שהיא יוצרת יש בה על כן משום פגיעה בזכות היסוד של האלמנים ונשותיהן המנוחות לכבוד...". (הדגשה הוספה – א.א.).

עוד עמד בית המשפט העליון על כך שההפליה קיימת בתקנות גם אם לא עמדה ביסודה כוונה להפלות, שכן "בכל הנוגע לאפליה פסולה המבחן שאותו יש ליישם אינו מבחן של כוונות אלא מבחן של תוצאות"¹⁶.

18. אשר לסעד – משנקבע כי ההסדר הקבוע בתקנות הוא הסדר מפלה, עבר בית המשפט העליון לבחון אם יש מקום, במסגרת עתירת אלחנתי, להורות על בטלותו של סעיף 19 לחוק ההבראה, ואם יש מקום, במסגרת עתירת פידלמן, להתערב בסעד שנקבע בעניין פידלמן בארצי – בטלותו היחסית של ההסדר בהוראות הרלוונטיות. עתירת אלחנתי נדחתה. תחילה צוין כי את המשאבים שהעמידה

¹⁴ שם, שם.

¹⁵ שם, שם.

¹⁶ שם, בסעיף 27 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

המדינה לטובת האלמנים בחוק השוואת זכויות (שסעיף 19 לחוק ההבראה הורה על ביטול) ניתן לראות כהטבה או סובסידיה ומכאן שאין לראות בביטול חוק זה פגיעה בשוויון. בהמשך לכך נקבע כי אף אם היה מקום לקבוע שהוראת סעיף 19 לחוק ההבראה אמנם פוגעת בעקרון השוויון, הרי שפגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ומכאן כי "אין למצוא בסעיף המבטל (סעיף 19 לחוק ההבראה) פגם חוקתי המצדיק את בטלותו"¹⁷.

עתירת פידלמן נדחתה אף היא. נפסק כי בדין קבע בית הדין הארצי שההסדר המפלה הקבוע בתקנה 35 לתקנות מבטחים "מקים עילת פסלות מכוח עקרון תקנת הציבור, בשל פגיעתו בערך השוויון"¹⁸. הוסיף בית המשפט העליון וקבע כי מרגע שהוחלט על בטלות, "יש ליתן את הדעת לשני היבטים עיקריים. האחד נוגע להיקף התפרשותו של הביטול והשני נוגע לתוכנו ולפרטיו של ההסדר החלופי, ככל שהוא נדרש במקום ההסדר שבוטל"¹⁹ וציין כי כך עשה בית הדין הארצי בקבעו כי "פועלו של הביטול לא יחול למפרע אלא רק לעתיד לבוא"²⁰ והותיר לגורמים הרלוונטיים את תיקון ההסדר בהתייחס למכלול השיקולים הרלוונטיים. הוטעם כי דרך זו "היא דרך המוכרת בפסיקתנו"²¹ שבה יש לילך גם בעתירת פידלמן. לבסוף הוצגו 3 דרכים אפשריות להשגת הסדר שוויוני, שאינן נקיות מקשיים, שהבחירה באחת מהן או בשילוב שלהן "מצריכה מומחיות כלכלית ואקטוארית וניתוח של מכלול הנתונים", ועל כן עליה להתבצע, כפי שפסק בית דין זה, על ידי הגורמים הרלוונטיים בקרנות עצמן ועל ידי המפקח. צוין כי "יש לקוות כי למרות הקשיים הכרוכים במציאת ההסדר השוויוני הנדרש... ישכילו הגורמים הנוגעים בדבר לגבשו על מנת שיחול מכאן ולהבא כקביעת בית הדין לעבודה"²². בהתאם ניתנה לכל הגורמים הרלוונטיים "שהות בת שישה חודשים לגיבוש ההסדר השוויוני הנדרש על מנת שיחול מאותו מועד ואילך"²³.

להשלמת התמונה יצוין שכל שופטי ההרכב היו תמימי דעים עם הקביעה כי ההסדר בתקנה 35 לתקנות מבטחים הוא הסדר מפלה שדינו בטלות, אולם באשר

¹⁷ שם, בסעיף 32 לפסק הדין.

¹⁸ שם, בסעיף 36 לפסק הדין.

¹⁹ שם, בסעיף 37 לפסק הדין.

²⁰ שם, בסעיף 38 לפסק הדין.

²¹ שם.

²² שם, בסעיף 39 לפסק הדין.

²³ שם, בסעיף 40 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

לדרכים האפשריות לתיקונו הציגו חלק משופטי ההרכב עמדות שונות מעט מעמדת השופטת חיות.

רקע קצר על תובענות ייצוגיות

19. התובענה הייצוגית היא כלי דיוני ייחודי, "המאפשר ליחיד להגיש ולנהל תביעה בשם קבוצה של נפגעים, שנזקו של כל אחד מהם הוא קטן באופן יחסי, כך שאין לו תמריץ לממש את עילת תביעתו בצורה עצמאית"²⁴. על המציאות שהביאה ליצירת כלי דיוני זה ועל מהותו עמד בית המשפט העליון בעניין א.ש.ת.²⁵, עוד לפני שנחקק חוק תובענות ייצוגיות, במילים הבאות²⁶:

"החיים המודרניים מזמנים לנו חדשות לבקרים התפתחויות חברתיות וכלכליות שבמהלכן צמחו גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח המרכזים בידם ייצור, תעשייה ושירותים לצריכה המונית. 'האדם הקטן' מפתח תלות באותם גופים, שאת מוצריהם או שירותיהם הוא צורך, ונחשף לאפשרות להיפגע ישירות מפעילותם. נוצר חוסר שוויון בין מעטים – שהשליטה במשאבים מרוכזת בידיהם – לבין מי שנתון לשליטה זו ללא יכולת של ממש להגן על עצמו ועל האינטרסים שלו. תיקון חלקי של מצב זה ניתן לעשות על-ידי הכרת המשפט בכלי התובענה הייצוגית. התובענה הייצוגית מביאה בכנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות. היא מהווה אתגר לשיטה האדברסרית. במרכז עומד סכסוך כלכלי, נטול צביון אישי, כאשר במקומו של העיקרון המבטיח לכל בעל-דין את יומו בבית-המשפט, בא עקרון הייצוג, שנועד להבטיח כי עניינם של חברי הקבוצה שלא נטלו חלק פעיל בהליך בפני בית-המשפט, ייוצג באופן הולם. ניהול ההליך המשפטי יוצא מידיהם של הצדדים ונשלט על-ידי אנשי המשפט: עורכי-דין ושופטים. במסגרת התובענה הייצוגית מתחלף ההליך האדברסרי המתנהל תוך עימות חזיתי בין גירסאות שונות של צדדים מסוימים, ובו נעשה צדק אישי, בהליך של צדק קואופרטיבי קבוצתי".

התובענה הייצוגית נועדה אפוא לקדם מספר תכליות. אלה מעוגנות כיום בסעיף

1 לחוק תובענות ייצוגיות, כדלקמן:

"מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות".

²⁴ ע"א 5378/11 פרנק נ' אולסייל (22.9.2014).

²⁵ רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003) (להלן – עניין א.ש.ת.). ראו גם ע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 784 (1996).

²⁶ עניין א.ש.ת., בסעיף 7 לפסק דינה של השופטת טובה שטרסברג-כהן.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

עקרון הייצוג הנזכר בציטוט מעניין א.ש.ת. שלעיל, משתקף בסעיף 2 לחוק, המגדיר "תובענה ייצוגית" כ"תובענה המנוהלת בשם קבוצת בני אדם, שלא ייפו את כוחו של התובע המייצג לכך, ואשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה".

20. לצד ההכרה בתובענה הייצוגית ככלי דיוני שנועד לקדם תכליות חשובות, אין לכחד כי כרוכות בה גם "סכנות לא מעטות ובכללן החשש ששימוש לא זהיר בה יביא את בעל הכיס העמוק לפשרה עם התובע לא משום שהוא מקבל את טענות התובע ומכיר באחריותו אלא רק במטרה להימנע מכל הכרוך בניהול התובענה הייצוגית"²⁷. המחוקק ראה לנגד עיניו סכנות אלה וכדי להתמודד עמן קבע בחוק תובענות ייצוגיות מנגנונים שונים "להבטחת שימוש זהיר בכלי זה, ובהם הגבלת סוגי התביעות שבהן ניתן להגיש תובענה ייצוגית (סעיף 3 לחוק); קביעת רשימה של הרשאים להגיש תובענה ייצוגית (סעיף 4); קביעת תנאי סף שרק בהתקיימם תאושר תובענה ייצוגית (סעיף 8); סמכות כללית של בית המשפט לערוך שינוי בבקשה לאישור תובענה ייצוגית להבטחת ניהול הוגן ויעיל שלה (סעיף 13) ועוד"²⁸.

21. בנוסף למנגנוני הגנה כלליים אלה מעניק החוק לגופים מסוימים הגנת-יתר מפני הליכי תובענה ייצוגית, בשל היקף החשיפה העצום של גופים אלה – המדינה ורשויותיה וגופים ציבוריים נוספים, ובהם "מבטח" – לתביעות, דבר העלול, בין היתר, לפגוע ביציבותם הפיננסית. הגנת יתר זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בהוראות סעיפים 8(ב) ו-20(ד) לחוק. אין חולק כי המערערות לפנינו הן בגדר "מבטח"²⁹.

22. בשים לב לתכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות ולעוצמתו, וכעולה מהוראותיו, תובענה ייצוגית מתנהלת למעשה בשני שלבים. בשלב הראשון, המקדמי, נדונה הבקשה לאשר את התובענה כייצוגית (להלן – **בקשה לאישור**), ובשלב השני מתנהלת התובענה הייצוגית גופה – כמובן רק אם נעתר בית המשפט במסגרת השלב הראשון לבקשה לאישור. בפסיקה רבת שנים ועקבית נקבע כי שלב הדיון בבקשה לאישור "אינו המקום לבירור התביעה עד תום"³⁰, אולם ראוי לערוך

²⁷ ע"ע (ארצי) 20139-09-15 מכבי שירותי בריאות – קוצ'ינסקי, בסעיף 5 לעמדת הח"מ וההפניות שם (26.6.2018) (עתירה לבג"ץ תלויה ועומדת – בג"ץ 6451/18 חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה).

²⁸ שם, שם.

²⁹ יצוין כי סעיף 2 לחוק מפנה בהגדרת "מבטח" להגדרה בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (להלן – **חוק הפיקוח על הביטוח**). סעיף 1 לחוק האחרון מגדיר "מבטח" כ"מי שקיבל רשיון מבטח ישראלי לפי סעיף 15(א1) או מי שקיבל רשיון מבטח חוץ לפי סעיף 15(א2)".

³⁰ רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, בסעיף 10 לפסק הדין (26.4.2010) (להלן – **עניין קו מחשבה**). יושם אל לב כי חוק תובענות ייצוגיות נכנס לתוקפו אך לאחר שהוגשו הערעור ובקשות רשות הערעור בעניין קו מחשבה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

אותו "בזהירות מרובה וליתן את הרשות [לניהול התובענה כייצוגית – א.א.] רק במקרים המתאימים העונים על כל התנאים הדרושים"³¹.
23. ואיזה הם אותם תנאים דרושים, שבהתקיימם רשאי בית המשפט, לרבות בית דין לעבודה³², לאשר ניהול תובענה כייצוגית?

א. עילה מוכרת בדין: סעיף 3(א) קובע כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית..."

ב. עילת תביעה אישית: סעיף 4(א)(1), שהוא החלופה הרלוונטית לענייננו, קובע כי אחד מהרשאים להגיש בקשה לאישור 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". תנאי זה – עילת תביעה אישית של התובע המייצג – היה קיים עוד קודם לחקיקת החוק, ולמעשה כיום אינו הכרחי לאישור תובענה כייצוגית, נוכח הוראת סעיף 8(ג)(2) לחוק, המאפשרת החלטתו של התובע המייצג³³.

ג. סעיף 8(א) לחוק קובע תנאים נוספים, כדלקמן:

- (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; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב."

התנאי המעוגן בסעיף 8(א)(1) סיפה, שלצד תנאי העילה יעמוד במוקד ההכרעה בפסק דיננו, יכונה להלן "תנאי האפשרות הסבירה לזכייה".

24. אם כן, בבוא בית הדין להחליט אם לאשר תובענה כייצוגית, אם לאו, עליו להעמיד לנגד עיניו את תכליות החוק, הכוללות הגנה הן על האינטרסים של תובעים פוטנציאליים והן על האינטרסים של נתבעים פוטנציאליים, ולאזן ביניהן

³¹ רע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון גת, פ"ד נב(2) 713, 720 (1998) (להלן – עניין עיזבון גת).

³² בסעיף 2 לחוק מוגדר "בית משפט" – "לרבות בית דין לעבודה".

³³ ראו, בין היתר, רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, בסעיף 9 לפסק דינו של השופט אליעזר ריבלין (5.7.2012) (להלן – עניין עמוסי).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

– "למנוע אישורן של תובענות סרק, וזאת מבלי להרתיע תובעים מהגשת תובענות ייצוגיות צודקות"³⁴. מלאכת האיזון נעשית במסגרת בחינת התקיימותם של התנאים לאישור התובענה כייצוגית, כפי שפורטו לעיל.

ב. עניינן של המשיבות לפנינו

25. ולאחר שהקדמנו כל זאת נשוב להליך שלפנינו. כל אחת מהמשיבות התקשרה עם אחת המערערות – כולן חברות ביטוח (להלן גם – **חברות הביטוח**), בפוליסת ביטוח מנהלים, כדלקמן: המשיבה 1, גב' מירב תותי אשבל, התקשרה ביום 1.3.1999 עם המערערת 1, הראל חברה לביטוח בע"מ (להלן – **הראל**) בתכנית ביטוח חיים מסוג "עדי"; המשיבה 2, גב' עדנה אילון, התקשרה ביום 1.1.1986 עם המערערת 2, מגדל חברה לביטוח בע"מ (להלן – **מגדל**) בפוליסת ביטוח חיים מסוג "יותר"; המשיבה 3, גב' יעל גבאי ז"ל, התקשרה בשנת 1987 עם "אריה חברה ישראלית לביטוח בע"מ" (להלן – **אריה**) בפוליסת ביטוח מסוג "מיטב", ובשנת 1999 עם המערערת 3, כלל חברה לביטוח בע"מ (להלן – **כלל**) בפוליסת ביטוח מנהלים מסוג "מיטב"³⁵; המשיבה 4, גב' נירית אשבל, מבוטחת בפוליסת ביטוח מנהלים מסוג "עדיף" שהוצאה בשנת 1994 על ידי המערערת 4, מנורה מבטחים ביטוח בע"מ (להלן – **מנורה**). כאמור לעיל, פוליסות הביטוח הללו יכוננו להלן – הפוליסות הרלוונטיות.

פניית המשיבות לבית הדין – התובענות ובקשות האישור

26. בחודש אפריל 2008 הגישו המשיבות בבית הדין האזורי³⁶ תובענות שעניינן הפליית נשים בפוליסות הרלוונטיות, ולצדן בקשות לאישורן כתובענה ייצוגית (להלן יחד ובהתאמה – **התובענה ו-בקשת האישור**). בתובענה נטען³⁷ כי המערערות נוהגות "לזכות מבוטחות נשים, בהגיען לגיל הפרישה, בגמלה חודשית נמוכה מזו שמקבל מבוטח גבר בנתונים זהים" ומנמקות זאת בתוחלת החיים הארוכה יותר של נשים. במקביל, כך נטען, המערערות גובות מנשים

³⁴ רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, בסעיף 41 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז, פ"ד סו(1) 633 (2013) (להלן – **עניין עמק זבולון**).

³⁵ לטענת המשיבה 3, בשנת 2006 שונה שמה של אריה ל"כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ", אולם אין צורך להידרש לשאלה אם היה שינוי שם כנטען או שמא הועברו פוליסות שונות, ובכללן של המשיבה 3, מאריה לכלל, שכן אין מחלוקת כי כלל היא בעלת הדין הנכונה בכל הנוגע לתובענה ובקשת האישור של המשיבה 3.

³⁶ לכתחילה הוגשו 3 תובענות בבית הדין האזורי ירושלים ותובענה נוספת הוגשה בבית הדין האזורי תל אביב. בהמשך הוחלט על איחוד הדיון ב-4 התובענות וקיום הדיון בהן בבית הדין האזורי בירושלים. מאחר שהתובענות ובקשות האישור הוגשו על ידי אותו בא כוח ולמעט הפרטים האישיים המתייחסים לכל אחת מהמשיבות הן כוללות את אותן טענות, נתייחס להלן לכל התובענות יחד כאל "התובענה" ולכל בקשות האישור יחד כאל "בקשת האישור".

³⁷ הטענות המפורטות כאן מובאות מכתבי הטענות המתוקנים שהגישו המשיבות בהוראת בית דין זה, כפי שיובא בהמשך הדברים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

פרמיה בגין רכיב הריסק בשיעור זהה לזה הנגבה מגברים, אף ששיעורי התמורה שלהן נמוכים בהרבה. המשיבות הוסיפו כי בדיון בוועדת הכנסת, ההתאחדות "הודתה בהפליה" ובעקבות הדיון תוקנו תכניות הביטוח החדשות בכך שנקבעו בהן תעריפי רכיב ריסק לנשים הנמוכים מאלה שנקבעו לגברים. אלא שהמערערות לא תיקנו "את ההפליה בפוליסות הישנות שהוצאו טרם מועד השינוי [הפוליסות הרלוונטיות – א.א.]". והן ממשיכות בכך "עד עצם היום הזה". המשיבות טענו כי יש לבטל את ההבחנה בין נשים לגברים בשני הרכיבים הללו – הגמלה והריסק – או לערוך הבחנה כזו "בשני הכיוונים" וכי אין להשלים עם מצב שבו המערערות מתייחסות למין המבוטח רק כאשר הדבר פועל לטובתן ומקטין את הסכום שהן נדרשות לשלם (ברכיב הגמלה) ומתעלמות ממין המבוטח כשהדבר אינו נוח להן ומצריך גביית פרמיה בשיעור נמוך יותר (ברכיב הריסק). מצב זה מהווה לדידן "הפליה בוטה וגסה על רקע מין בלבד".

נטען כי תיקון ההפליה בתכניות הביטוח החדשות, בקביעת תעריפי רכיב ריסק בצורה דיפרנציאלית על בסיס מין וקביעת תעריף נמוך יותר לנשים ברכיב זה, מהווה הודאה של המערערות בכך שנהגו עם הנשים המבוטחות שלא כדין. עוד נטען כי לא זו בלבד שהמערערות נקטו הפליה פסולה, אלא שהן ניסו להסתיר אותה מעיני המבוטחות. זאת בכך ש"הקפידו" לציין בפוליסות הרלוונטיות את השוני בין המינים במקדמי הגמלה אך לא ציינו שהפרמיה ברכיב הריסק זהה. לטענת המשיבות, התחמקות זו של המערערות מגילוי ההפליה מאשרת כי הן ידעו שמדובר בהפליה פסולה.

27. המשיבות תמכו טענותיהן בעילות הבאות:

- א. איסור הפליה בכלל והפליה מגדרית בפרט: לאור פסקי הדין בעניין **פידלמן** ומאחר ש"ענייננו בתביעה זו זהה להפליה שנפסלה בעניין **פידלמן**" יש לקבוע כי ההפליה שנוקטות המערערות בפוליסות הרלוונטיות בטלה מעיקרא. למעשה, גם המערערות מודות בקיומה של הפליה פסולה, בכך שבתכניות הביטוח החדשות נקבעו תעריפים נמוכים יותר לנשים ברכיב הריסק. עקרון השוויון ואיסור ההפליה במשפט הישראלי באים לידי ביטוי הן בחקיקה והן בפסיקה והם מחייבים לא רק יחס שווה לשווים אלא גם יחס שונה לשונים;
- ב. תקנת הציבור: הפליית המשיבות בפוליסות הרלוונטיות מנוגדת להוראות חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן – **חוק איסור הפליה**), ובשל כך מנוגדת אף לתקנת הציבור. המשיבות ציינו כי "העילה על פי חוק איסור הפליה איננה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

באה בסמכותו של בית הדין הנכבד, והדברים נאמרים על דרך היקש לצורך פרשנותו הנכונה של המושג 'תקנת הציבור' לעניינו אנו";

ג. תנאי מקפח בחוזה אחיד: חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982 (להלן – **חוק החוזים האחדים**) מאפשר לבית משפט לבטל או לשנות "תנאי מקפח". המשיבות טענו כי ההפליה שנוקטות המערערות בפוליסות הרלוונטיות מהווה "תנאי מקפח" ובית הדין מוסמך לבטלה;

ד. הפרת חובת תום הלב: ההפליה שנוקטות המערערות עולה כדי הפרת חובת תום הלב המוגברת החלה עליהן ביחסי מבטח-מבוטח;

ה. עשיית עושר שלא כדין: נטען כי בגביית תעריפים מופרזים מפרזים מנשים ברכיב הריסק מתעשרות המערערות שלא כדין על חשבון המשיבות ומכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן – **חוק עשיית עושר**), על הראשונות להשיב לאחרונות "כל זכיה שבאה להן בעקבות ההפליה הפסולה".

טענות נוספות שהעלו המשיבות בתובענה הן כי המחוקק, בחוקקו את חוק תובענות ייצוגיות, ראה לנגד עיניו את עקירת ההפליה כעיקרון ראשון במעלה, ולא בכדי כלל ברשימת החיקוקים שבגינם ניתן לנהל תובענה ייצוגית כמה וכמה חיקוקים שעניינם איסור הפליה ובהם חוק איסור הפליה, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח – 1988 (להלן – **חוק השוויון**) וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו – 1996 (להלן – **חוק שכר שווה**). עוד נטען כי מהוראות החיקוקים האמורים נגזרת בטלות ההפליה וזו "מאיינת מעיקרא כל תנאי בתנאי הפוליסה שיש בו לגבות הפליה פסולה זו".

28. המשיבות ביקשו לפיכך כי בית הדין יורה שההפליה שנוקטות המערערות מנוגדת לדין ושכל הוראה בפוליסות הרלוונטיות וכל פעולה מכוחה של הפליה זו – "**בטלות ומבוטלות**". עוד ביקשו כי בית הדין יקבע שלמשיבות וליתר חברות הקבוצה הזכות לבחור בין החלופות הבאות:

א. להשוות את מקדמי הגמלה של מבוטחת-אישה לאלו הנהוגים למבוטח-גבר באותו גיל ולהורות כי אם תבחר מבוטחת-אישה בתשלום חד-פעמי במקום גמלה, יוגדל הסכום החד-פעמי שישולם לה "**ביחס שבין מקדם הגימלה למבוטח גבר למקדם הגימלה למבוטחת אישה בגיל הרלוונטי**". נזכיר כי בפוליסות הרלוונטיות, מבוטחים שהגיעו לגיל פרישה היו רשאים לבחור בין משיכת כספי החיסכון באופן הוני חד פעמי ובין קבלת קצבה חודשית.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

- ב. הפחתה רטרואקטיבית ופרוספקטיבית של סכומי הריסק שנגבו מנשים בפוליסות הרלוונטיות והעמדתם **"על סכומי הריסק הראויים למבוטחת אשה"**, וזקיפת ההפרש לטובת הצבירה לחיסכון.
29. בבקשת האישור חזרו המשיבות, ככלל, על הטענות שהעלו בתובענה וביקשו להכיר בה כתובענה ייצוגית, בשם כל הנשים שבוטחו על ידי המערערות (לרבות כל חברות הביטוח שמוזגו לתוכן) בפוליסות הרלוונטיות בהיותן עובדות שכירות ושחובת תשלום דמי הביטוח חלה עליהן ועל מעסיקיהן (להלן – **הקבוצה**). הפוליסות הרלוונטיות הוגדרו כ"**כל הפוליסות המכונות 'ביטוח מנהלים', בהן נעשתה הבחנה בין גברים לנשים לעניין שיעור הגימלה אך לא נעשתה הבחנה בין המינים לעניין גובה פרמיית הריסק...**". המשיבות ציינו כי התובענה כשירה להתברר כתובענה ייצוגית, משעניינה בתביעה של מבוטחת נגד מבטח והפנו לפרט 2 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. עוד נטען כי התובענה עומדת בתנאי סעיף 8(א) לחוק, שבהתקיימם רשאי בית הדין לאשרה כייצוגית, כך:
- א. שאלות מהותיות משותפות: נטען כי הפגיעה בזכויות הנשים המבוטחות אצל המערערות בפוליסות הרלוונטיות אינה מיוחדת למשיבות בלבד, אלא נוגעת לכלל הנשים בקבוצה וכי התובענה מעוררת שאלות מהותיות כבדות משקל הנוגעות לכלל חברות הקבוצה.
- ב. אפשרות סבירה להכריע לטובת הקבוצה: נטען כי העילות שביסוד התובענה מפורטות במסגרתה היטב וקיימת סבירות גבוהה שהשאלות המהותיות תוכרענה לטובת חברות הקבוצה. לעניין זה נטען כי ביסוד יצירת ההבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה בלבד ולא ברכיב הריסק לא עומדת כל מטרה עניינית אלא **"הקריטריון היחיד לפגיעה בזכויותיהן של חברות הקבוצה נעוץ בהיותן נשים, הא ותו לא!"**. כמו כן נטען כי המערערות הודו בפועל בהפליה הפסולה בכך שלאחר הדיון בוועדת הכנסת ביטלו את ההפליה בתכניות הביטוח החדשות, אלא שתיקון זה לא הוחל על הפוליסות הרלוונטיות. המשיבות הדגישו בהקשר זה כי עניינן **"זהה להפליה שנפסלה" בבג"ץ פידלמן**, הרחיבו בחשיבות עקרון השוויון ואיסור ההפליה בשיטת המשפט הישראלית והוסיפו כי שמירת ערכים אלה **"מחייבת לעתים לא רק יחס שווה לשווים אלא גם נקיטת יחס שונה כלפי שונים"**. עוד נטען כי ההפליה שנוקטות המערערות חמורה יותר מהמקרים שנדונו בפסיקה, משום שהיא **"עומדת גם בניגוד להוראת חוק מפורשת"** – חוק איסור הפליה, ועל כן ודאי שנוגדת את תקנת הציבור. חומרת ההפליה באה לידי ביטוי גם בכך שמדובר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

בתחום הביטוח הפנסיוני, שבו רואה המבוטח את החברה המבטחת כגוף ישר ואמין במיוחד שבידיו מופקד עתידו הכלכלי של המבוטח.

המשיבות חזרו על טענותיהן כי ההפליה האמורה מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, שבית הדין מוסמך לבטלו, הפרת חובת תום הלב המוגברת החלה על המערערות ועשיית עושר שלא כדין מצדן.

ג. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת: לעניין זה נטען כי אופי התובענה מחייב את ניהולה כתובענה ייצוגית, שכן זו "הדרך היעילה, ההוגנת, ולמעשה – היחידה, לתיקון העוולות שנגרמו" על ידי המערערות. הושם דגש על כך שהצורך בתיקון העוול נוגע לציבור רחב ביותר של נשים – עשרות אלפי מבוטחות, ומחייב, בין היתר, מתן סעד אפקטיבי לכלל חברות הקבוצה. כן הודגשה "החשיבות הציבורית, החוקתית וההצהרתית של עקירת ההפליה על בסיס מין הנהוגה בידי" המערערות, חשיבות שאף המחוקק ראה לנגד עיניו בחקקו את חוק תובענות ייצוגיות, כמפורט בתובענה. לדברי המשיבות, "גישה זו של המחוקק מלמדת על החשיבות הרבה שייחס לעקירתה של הפליה מכל תחומי החיים ועל ראייתו של מכשיר התובענה הייצוגית ככלי מרכזי וחשוב להגשמת תכלית חקיקתית וחברתית זו". המשיבות הוסיפו כי "אין מדובר בבקשה להעדפה מתקנת כי אם בהסרת הפליה קיימת".

ד. ייצוג בתום לב: המשיבות טענו כי אם תתקבל בקשת האישור, עניין של כלל חברות הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב וכי המשיבות מתאימות ונכונות לייצגן. עוד טענו המשיבות כי בא כוחן הוא עורך דין מנוסה ובעל ותק רב בהתדיינויות מורכבות.

לאור כל האמור נטען כי בקשת האישור תקדם את מטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות, כמפורט בסעיף 1 ב, והמשיבות ביקשו כי בית הדין ייעתר לה. לבקשת האישור צורפו תצהירי המשיבות, שבהם מצהירה כל אחת מהן כי היא מבוטחת אצל מי מהמערערות בביטוח מנהלים מסוג מסוים (הנמנה על הפוליסות הרלוונטיות) וכי "כל הטענות המופיעות בכתב התביעה ובבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית – נכונות לפי מיטב ידיעתי ואמונתי ועל פי עצה משפטית שקיבלתי".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

השתלשלות ההליך בבית הדין האזורי

30. בעקבות הגשת התובענה ובקשת האישור (בנוסחן המקורי) עתרו המערערות לסילוקן על הסף מחמת חוסר סמכות עניינית³⁸. בפסק דין מיום 2.10.08 נעתר בית הדין האזורי לבקשתן המקדמית של המערערות והורה על סילוקן על הסף של התובענה ובקשת האישור, משאינן נכנסות בגדרי סמכותו העניינית.
31. ערעור שהגישו המשיבות לבית דין זה התקבל בחלקו (ע"ע 625/08 ; פסק דין מיום 17.9.09 להלן – **הערעור בשאלת הסמכות**). נקבע כי **"לבית הדין האזורי לעבודה סמכות עניינית"** לדון בתובענה ובבקשת האישור, **"למעט בעילות הנזיקיות שאינן בגדר הוראתו של סעיף 24(א)(ב)"** לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט – 1969 (להלן – **חוק בית הדין**). בהתאם, הוחזר העניין לבית הדין האזורי להמשך הדיון, תוך שנקבע כי הצדדים יהיו רשאים לתקן את כתבי הטענות מטעמם **"בנוגע לטיעונים המשפטיים שבבסיס עילות התביעה, בהתאמה לסמכותו העניינית של בית הדין לפי חוק בית הדין לעבודה"**.
32. עתירה שהגישו המערערות נגד פסק דינו של בית הדין הארצי בערעור בשאלת הסמכות נמחקה לבקשתן, בעקבות דיון בעתירה (בג"ץ 10015/09 ; פסק דין מיום 13.3.11) – וההליך בבית הדין האזורי נמשך.
33. יצוין כי במהלך הדיון בערעור בשאלת הסמכות, צמצמו המשיבות את הגדרת ה"קבוצה" לעובדות שכירות בלבד³⁹. בהתאם לכך ולאמור בפסק הדין בערעור בשאלת הסמכות, הגישו המשיבות בבית הדין האזורי, ביום 24.11.09, כתבי טענות מתוקנים – כפי שפורטו לעיל.
34. בתשובותיהן לבקשת האישור⁴⁰ העלו המערערות טענות רבות המצדיקות, לדיון, את דחיית הבקשה, בהן טענות סף. להלן נביא את הטענות בתמצית:
- א. טענות סף: המערערות טענו כי יש לסלק את בקשת האישור על הסף מחמת התיישנותה, בין אם עניינה בתגמולי הביטוח ובין אם בדמי הביטוח. עוד נטען כי יש לסלק את הבקשה על הסף בהעדר תשתית ראייתית הולמת, משהבקשה והתצהירים התומכים בה כוללניים וסתמיים ואינם עומדים בדרישות הדין.

³⁸ יצוין כי בתובענה ובבקשת האישור בנוסחן המקורי פירטו המשיבות עילה שמקורה בחוק איסור הפליה ועילת הטעיה מכוח חוק הפיקוח על הביטוח, תוך שהן מפנות, בין היתר, לפרט 7 לתוספת השנייה לחוק, שעניינו **"תביעה בעילה לפי חוק איסור הפליה..."**.

³⁹ בבקשות האישור המקוריות הוגדרה הקבוצה כך: **"כלל הנשים שרכשו [מהמערערות] פוליסות מהסוג הנדון בתובענה"** [הפוליסות הרלוונטיות – א.א.].

⁴⁰ הוגשו בנפרד תשובות המערערות 1 ו-2 ותשובות המערערות 3 ו-4 (להלן יחד – **התשובות לבקשת האישור**). למען הנוחות נתייחס אל התשובות לבקשות האישור וכן ליתר כתבי הטענות שהוגשו בנפרד מטעם המערערות, הן בבית הדין האזורי והן בבית דין זה, כאל מקשה אחת, אלא אם ייכתב במפורש אחרת.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

בנוסף נטען כי ההליך בעניין **ליברמן** מהווה מעשה בית דין המונע את הגשת הבקשה דנן וכי הגשתה מהווה למצער שימוש לרעה בהליכי משפט, המצדיק את סילוקה על הסף.

ב. טענות לגופם של דברים :

(1) עקרון יסוד בקביעת תעריף דמי הביטוח הוא עקרון המספרים הגדולים. עיקרון זה מאפשר לחברת ביטוח להעריך את הסיכויים והסיכונים תוך הסתמכות על התוחלת הצפויה ביחס לקבוצות אוכלוסייה גדולות וכך לפזר את רמת הסיכון ולשמור על יציבותה. אחד הכללים בדיני ביטוח הנגזרים מעקרון המספרים הגדולים הוא קביעת תעריף אחיד לכלל המבוטחים באותה תכנית ביטוח. המבטח אינו מחויב לערוך אבחנות בין קבוצות מבוטחים אך הוא רשאי לעשות זאת, במקרים שבהם קיימת הצדקה אקטוארית לכך, בכפוף לקבלת אישור המפקח על הביטוח, ודאי לגבי מאפיינים המעוררים שאלות חברתיות וערכיות. לדברי המערערות, כך נעשה לעניין רכיב הגמלה בפוליסות הרלוונטיות. ההבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה היא הבחנה מותרת שביסודה טעמים אקטואריים מקצועיים ונועדה למנוע "אנטי סלקציה" וכשל שוק. לעניין זה מוסבר כי תוחלת החיים של גברים נמוכה משל נשים ואילו היו נקבעים מקדמי גמלה זהים, היו המבוטחים-הגברים מעדיפים, כבחירה כלכלית רציונלית, למשוך את הכסף במשיכה הונית חד פעמית וחברות הביטוח היו נשארות עם ציבור מבוטחות-נשים שיעדיפו קצבה חודשית. מצב זה מכונה "אנטי סלקציה" והוא מקים חשש ממשי לכשל שוק העלול לסכן את יציבותן של חברות הביטוח. עוד נטען כי ההבחנה בין נשים לגברים נדרשה ברכיב הגמלה, למניעת כשל שוק כאמור, ולא ברכיב הריסק, הן משום שההבדל בתוחלת החיים בין גברים לנשים הוא משמעותי לגבי הראשון ושולי לגבי האחרון, הן משום שרכיב הגמלה מהווה החלק הארי של הפוליסה והן משהפרמיה בגין הריסק היא שולית ביחס ליתר הרכיבים. המערערות הדגישו כי בקשת האישור נשענת על תפיסה שגויה, בכך שהיא מתמקדת ברכיב אחד בלבד בעוד שתמחור דמי הביטוח נעשה בהתייחס למכלול הרכיבים והשפעותיהם הצולבות – אף זאת כהיבט נוסף של עקרון המספרים הגדולים.

(2) אישור המפקח על הביטוח לשנות את הפרמיה ברכיב הריסק, כך שתכלול הבחנה בין גברים לנשים, ניתן רק משנת 2000 ואילך ולא רטרואקטיבית.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

- כך נקבע גם בדיון בוועדת הכנסת. שינוי תעריף בתחום הביטוח נעשה תמיד באופן פרוספקטיבי ולעולם לא רטרואקטיבי. המערערת הוסיפו כי החלה רטרואקטיבית של השינוי ברכיב הריסק עלולה להשליך באופן מרחיק לכת על כלל המבוטחים ועל המשיבות עצמן.
- (3) אין מקום להשוואה שמנסות המשיבות לעשות מביטוחי "ריסק טהור", שם נהגו בתקופה הרלוונטית לתובענה תעריפים דיפרנציאליים נמוכים יותר לנשים, לרכיב הריסק כאחד הרכיבים בפוליסות הרלוונטיות.
- (4) קבלת הסעד שהמשיבות עותרות לו (בהנחה שמדובר בהפליה פסולה) תגרור השלכות חמורות. היא תחייב "פתיחה" של הפוליסות הרלוונטיות ותמחורן מחדש, והדבר יגרור העלאה של דמי הביטוח ושינוי לרעה של מצב המבוטחים בכל הנוגע לרכיב הגמלה ועלול להביא להפרת האיזון האקטוארי של המערערות. כך למשל, אם תתקבל עמדת המשיבות ויהיה מקום ליצור הבחנה בין נשים לגברים גם ברכיב אכ"ע, התוצאה תהיה שנשים ישלמו יותר פרמיה לרכיב האחרון, משום שלנשים **"תוחלת תביעות בגין אובדן כושר עבודה גבוהה משל הגברים"**. רכיבי הפוליסה השונים משפיעים זה על זה כך **"שלעיתים ה[ם] פועלים לטובת קבוצת אוכלוסיה מסוימת (ובמקרה הקונקרטי של אובדן כושר עבודה לטובת הנשים); ולעיתים להפך"**.
- (5) הפוליסות הרלוונטיות קיבלו את אישור המפקח על הביטוח. אישור זה מעיד כי גם לעמדת המפקח יש לחשב את התעריף תוך הסתמכות על מכלול רכיבים ולא על רכיב בודד, כי גם לעמדתו להבחנה היתה הצדקה אקטוארית וכי דמי הביטוח חושבו באופן חוקי התואם את מדיניות תחום הביטוח.
- (6) אין עילה להתערבות בתמחור דמי הביטוח משעניין זה אינו חלק ממערכת היחסים החוזית בין חברות הקבוצה למערערות.
- (7) עילות התובענה אינן מתקיימות. לעניין זה נטען תחילה כי המשיבות העלו עילות תביעה **"מן הגורן ומן היקב"** מבלי לפרט באיזה אופן מתקיימים יסודותיהן ודי בכך כדי לסלק את בקשתן. בהמשך נטען כי לא מתקיימת הפליה פסולה בפוליסות הרלוונטיות וכי אין להקיש לעניין דנן מבג"ץ **פידלמן**; כי לא מתקיימים יסודות העילות מכוח חוק עשיית עושר וחוק החוזים האחידים; כי המערערות לא הפרו את חובת תום הלב.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

(8) לא מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית, שכן התובענה משוללת יסוד והשאלות העולות אינן משותפות לחברות הקבוצה (הן ביחס לעילה והן ביחס לנזק), ולפיכך התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. בנוסף, בשים לב לפגמים שנפלו בתצהירי המשיבות, לא ניתן לומר כי עניינן של חברות הקבוצה ינוהל בדרך הולמת.

לתשובות המערערות לבקשת האישור צורפו תצהירי הגורמים הרלוונטיים בחברות הביטוח: מר יצחק בסון מטעם הראל, מר איתמר פרבשטיין מטעם מגדל, מר רמי דיין מטעם כלל ומר משה מורגנשטרן מטעם מנורה (להלן יחד – **מצהירי המערערות או המצהירים**). כן צורפו חוות הדעת של מומחה הביטוח מר מאיר שביט ושל המומחה האקטואר מר גיורא אליגון (להלן יחד – **מומחי המערערות או המומחים**).

35. בתגובתן לתשובה לבקשת האישור חזרו המשיבות על טענותיהן והתייחסו לטענות הסף שהעלו המערערות.

בעניינים אחרים הוסיפו המשיבות כי טענת המערערות לפגיעה אפשרית ביציבותן היא חסרת בסיס ואינה מצדיקה את מניעת הסעד המבוקש. זאת בשים לב למטרות חוק תובענות ייצוגיות ולמנגנונים השונים הקבועים בו להתמודדות עם סכנות אפשריות לאספקת שירותים חיוניים לציבור, דוגמת הפגיעה הנטענת. טענות נוספות הן כי חוות הדעת של המומחים מטעם המערערות עלולות להטעות והן נסמכות, להצדקת ההבחנה ברכיב הגמלה, על "תיאוריית הרציונליות" שהיא תיאוריה לא נכונה, לא רלוונטית ו"מופרכת מיסודה", ואפילו היה בה ממש, אין בה כדי למנוע יצירת הבחנה ברכיב הריסק; כי אין לקבל את טענת המערערות ל"פיצוי" שניתן למבוטחות-נשים בדמות פרמיה זהה ברכיב אכ"ע. המשיבות הדגישו כי בניגוד למשתמע מתשובת המערערות, התובענה אינה בשאלה העקרונית אם ראוי או לא ראוי לערוך הבחנה בין המינים בפוליסות, אלא בטענה כי מרגע שהמערערות בחרו לערוך הבחנה כזו ברכיב הגמלה, מן הדין לערוך אותה גם ברכיב הריסק. כלומר, "ה[משיבות] אינן מלינות על עצם ההבחנה בין המינים אלא קובלות על חוסר האיזון שביישום ההבחנה". מכאן כי על בית הדין להכריע רק בשאלת חוקיותה של ההבחנה החלקית שביצעו המערערות. לעמדת המשיבות תשובה על כך ניתנה עוד בשנת 2000, עם יצירת ההבחנה ברכיב הריסק בתכניות הביטוח החדשות, ולכן "השאלה האמיתית" שיש להכריע בה היא "האם וכיצד יש לתקן את העיוות" בפוליסות הרלוונטיות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

לתגובתן צירפו המשיבות, לראשונה, חוות דעת של המומחה מטעמן, היועץ הפנסיוני מר שחר לוי.

המשך ההליך בבית הדין האזורי וההחלטה בבקשת האישור

36. ביום 3.1.12 הגישו המערערות בקשה לסילוק התובענה ובקשת האישור על הסף מחמת התיישנות. מאחר שהדבר אינו נדרש להכרעתנו בפסק דין זה, לא נוסף פירוט רב בטענת ההתיישנות ורק נציין כי המשיבות, מטבע הדברים, התנגדו לה וכי בהחלטה מיום 10.7.12 דחה בית הדין האזורי את הבקשה. כן דחה בית הדין האזורי באותה החלטה את טענת המערערות שלפיה ההליך בעניין **ליברמן** יוצר מעשה בית דין. נקבע כי **"בהסכם הפשרה עצמו וכן בפסק הדין נאמר כי התביעה נמחקת. מחיקה, כידוע, אינה מקימה מעשה בית דין"**. על ההחלטה מיום 10.7.12 לא הוגשה בקשת רשות ערעור.

37. בימים 9.1.12 ו-15.10.12 התקיימו דיוני הוכחות שבהם נחקרו עדי הצדדים, לרבות המומחים מטעמם, ולאחר מכן הגישו הצדדים סיכומי טענותיהם. בהחלטה מיום 17.8.14 קיבל בית הדין האזורי את בקשת האישור, בקבעו כי היא מקיימת אחר התנאים לאישור תובענה ייצוגית, כקבוע בחוק תובענות ייצוגיות (להלן – **ההחלטה המאשרת**). תחילה הגדיר בית הדין את השאלות העומדות להכרעתו, כך:

"השאלות שיש לדון בהן במסגרת הבקשה הן אלה: האם הבקשה הוגשה על ידי ובשם מי שראוי להגישה, האם מתקיימים התנאים המצטברים לאישורה, ובהם: עילת תביעה אישית של התובע הייצוגי נגד הנתבע והמופיעה בתוספת השניה לחוק, אופי התובענה כמעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, וקיימת אפשרות סבירה שיוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, האם ניהול התביעה כתובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

... נבהיר עוד כי בהיות התובענה הייצוגית הליך הנתון פיקוחו של בית הדין או בית המשפט, רשאי בית הדין לאשר תובענה ייצוגית בכפוף לכל שינוי שעליו יחליט, ואף אם לא התקיימו כל התנאים המנויים לעיל, אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של החלפת תובע מייצג, הגדרת הקבוצה שבשמה ינוהל ההליך ועוד..."

38. לעניין עילת התביעה קבע בית הדין האזורי כי עניינה של התובענה היא הפליית נשים וכי זו מופיעה בפרטים (1)8, (2)8 ו-(1)9 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (להלן – **התוספת**). נסביר אנו כי פרטים אלה כוללים, בהתאמה – **"תביעה בעילה של הפליה בעבודה לפי" חוק השוויון (פרט 8) (1) לתוספת), "תביעה בעילה כאמור לפי חוק שכר שווה..." (פרט 8) (2) לתוספת) ו"תביעה**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

בעילה לפי פרקים ד' ה' או ה' 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות" (פרט 9(1) לתוספת). בית הדין קמא ציין כי "אמנם הסעיפים הנ"ל מתייחסים להפליה על פי החוקים המפורטים בהם, ואולם סבורים אנו כי בנסיבות העניין ניתן להרחיב את עילת ההפליה גם לטענת הפליה כללית, מה גם שניתן לראות את עילת התביעה בענייננו כנכללת בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988". מכאן, השלים בית הדין, ומאחר שלמשיבות יש פוליסות ביטוח מנהלים אצל המערערות, יש להן עילת תביעה אישית.

39. אשר לתנאי שעניינו שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה – בית הדין דחה את טענת המערערות לעניין זה בקבעו כי על פי הפסיקה אין צורך שכל השאלות המתעוררות יהיו משותפות ביחס לכל חברי הקבוצה, אלא "די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות". עוד ציין כי בעניין דנן, די בכך שחברות הקבוצה רכשו את הפוליסות הרלוונטיות, שבהן יש הבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה ואין הבחנה כזו ברכיב הריסק, כדי שיתקיים התנאי שעניינו שאלות משותפות, והוסיף כי "אין כל צורך שפוליסות הביטוח בכללותן יהיו זהות, שכן חלקיהן האחרים של פוליסות הביטוח אינו רלבנטי כלל לענייננו". בשים לב למטרות חוק תובענות ייצוגיות ולתעריף הריסק שאף המערערות מסכימות כי אינו בשיעור כה גבוה, נקבע כי "תובענה ייצוגית העוסקת בהפליה נשים בגין סכום הפרמיה מתאימה בהחלט לניהול כתובענה ייצוגית". עוד נקבע שכדי לעמוד בתנאי של שאלות מהותיות משותפות, אין צורך בסוגיות חדשות או עקרוניות דווקא, אלא "די בכך שמועלית שאלה בעלת זיקה להקשר התעסוקתי ולמצב שוק העבודה" וכך נעשה בעניין זה.

40. בית הדין קבע כי ישנה אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה, בהסתמכו על הדיון בוועדת הכנסת, שמסקנתו היתה כי "אכן קיימת הפליה מגדרית בפרמיה של מרכיב הריסק בפוליסות ביטוח מנהלים" ועל השינוי שהכניסו המערערות לתכניות הביטוח החדשות בעקבותיו. לדברי בית הדין, צודקות המשיבות בטענתן כי "יש בכך משום הודאה של חברות הביטוח בקיומה של הפליה" ו"די לנו במסקנתה זו של הוועדה בשלב זה של ההליך כדי לקבוע כי טענות [המשיבות] בעניין זה אינה טענת סרק, וכי יש אפשרות סבירה כי תתקבל". עוד נקבע כי אף בהעדר כוונה של המערערות להפלות נשים, אין בכך כדי לסייע, שהרי "כבר נפסק לא אחת כי הפליה היא פסולה גם אם לא עומדת ביסודה כוונה להפלות". בנוסף, חישובים אקטואריים וכלכליים "אין בהם, לכאורה, ובשלב מקדמי זה של ההליך, כדי להצדיק זאת". בית הדין הוסיף כי "הטענה כי מרכיב הריסק נבחן



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

במנותק מן התמונה הכוללת וממכלול הזכויות והחובות של המבוטחים" נטענה בבג"ץ פידלמן ונדחתה.

בית הדין קמא הוסיף כי הוא ער לכך ששינוי הפוליסות הרלוונטיות הוא סבוך ומורכב, אלא שקושי זה אינו מצדיק את דחיית בקשת האישור. לעניין זה קבע כד:

"אמנם ייתכן שלשינוי רטרואקטיבי עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת, גם אם אין מדובר בהתמוטטות חברות הביטוח, ולכאורה יש הצדקה לאי החלת התיקון רטרואקטיבית, כפי שסברה הוועדה. עם זאת, לא ניתן להתעלם מן העובדה שחברות הקבוצה מחזיקות בידיהן פוליסות ביטוח מנהלים שבהן קיימת לכאורה הפליה מגדרית. הותרתן של חברות הקבוצה בלא כל סעד למרות זאת, תגרום להנצחת ההפליה, ואף להפלייתן של חברות הקבוצה לעומת מבוטחות בעלות פוליסות ביטוח מנהלים משנת 2000 ואילך. אין צורך להכביר מילים על הצורך במיגור כל הפליה מגדרית... ואולם קושי זה אין אינו תומך במסקנה כי יש לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, שכן הוא נוגע לסעד המבוקש בלבד... כאשר בתובענה ייצוגית מדובר, בית הדין אינו כבול דווקא לסעד שהתבקש. אם אמנם תתקבל הבקשה, ניתן להתאים את הסעד שיינתן לנסיבות העניין, להעניק לחברות הקבוצה פיצוי על ההפליה, או לפסוק סעדים אחרים כלליים, הניתנים לא אחת בתובענות ייצוגיות. מכאן שקושי [ב]יישומו של הסעד המבוקש אינו מצדיק את דחיית הבקשה, לנוכח מסקנתנו המפורטת לעיל כי התובענה עונה על דרישות החוק לגבי תובענה ייצוגית".

41. בסוף ההחלטה המאשרת הגדיר בית הדין קמא, בין היתר, את הקבוצה והעילה ונתן הוראות שונות לעניין פרסום מודעה לחברות הקבוצה.
42. להשלמת התמונה יצוין כי בהחלטה מיום 2.10.14 התקבלה בקשת המשיבות לתיקון הגדרת הקבוצה, כך שייכללו בה לא רק נשים עובדות "שיש להן" פוליסות רלוונטיות, אלא גם נשים עובדות "שהיו להן" פוליסות כאלה. עוד יצוין כי בהחלטה מיום 5.11.14, על רקע הגשת בקשת רשות הערעור על ההחלטה המאשרת, הורה בית הדין האזורי על עיכוב פרסום המודעה עד להחלטת בית הדין הארצי בבקשה. בהחלטה מיום 19.1.15 קבע בית הדין קמא כי לאור ההליך דנן, "אין מקום לדון בתובענה הייצוגית לגופה" כל עוד לא ניתנה החלטה בבקשת רשות הערעור.

ג. הערעור

43. ביום 10.9.14 נפתח ההליך שבכותרת – שראשיתו בבקשת המערערות (בהסכמת המשיבות) להארכת המועד להגשת בקשת רשות ערעור על ההחלטה המאשרת.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

לאחר שהוארך המועד להגשת הבקשה, זו הוגשה⁴¹ ונדרשה תשובת המשיבים, ניתנה ביום 16.4.15 רשות ערעור ובהמשך נקבע דיון בערעור לפני מותב בית הדין.

הדיון בערעור

44. ביום 21.9.15 הגישו המשיבות בקשה לצרף להליך את נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה (להלן – **הנציבות**), כ"ידיד בית משפט", לאור מהות הסוגיות העומדות על הפרק. הצדדים, לרבות הנציבות, נדרשו להשיב לבקשה וכן נקבע כי הכרעה בה תינתן על ידי מותב בית הדין. בהמשך לכך הוגשה הודעה מטעם הנציבות ולפיה לאחר קיומו של דיון פנימי עם משרדי הממשלה הרלוונטיים, החליטה שלא להתייצב בהליך.

45. ביום 23.2.16 התקיים דיון בערעור לפני מותב בית הדין (הנשיא (בדימוס) יגאל פליטמן, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט משה טוינה, ונציגי הציבור מר ויסאם עזאם וגב' עפרה ברטוב). במהלך הדיון הוצע לצדדים **"לשקול אפשרות להגיע לפשרה לגבי סכום מסוים שישולם מבלי שתובענה תוכר כתובענה ייצוגית"**, וזאת לאור **"שאלות שלא נבחנו לעומקן על ידי בית הדין קמא"**. בא כוח המשיבות עמד על כך שההחלטה המאשרת **"ניתנה על בסיס משפטי ועובדתי נכון"**. הוא לא שלל את האפשרות לנהל משא ומתן לפשרה, אך זאת **"מתוך הנחה שהתובענה היא ייצוגית והסדר הפשרה הוא על פי החוק"**. כן עמד על בקשתו לצירוף הנציבות להליך כ"ידיד בית משפט". בתום הדיון הוחלט, חרף התנגדות בא כוח המשיבות, לקבל את עמדת המדינה – הממונה על שוק ההון⁴² בסוגיות המתעוררות בהליך, בין היתר בשים לב לטענת המערערות להסתמכות על האישור שנתן המפקח על הביטוח לפוליסות הרלוונטיות. כן הוצע לצדדים להוסיף ולהידבר ביניהם בניסיון לסיים את ההליך בפשרה מחוץ לכותלי בית הדין.

46. לאחר הדיון הגישו המשיבות בקשה לצירוף אסמכתא, לקיום הדיון בהרכב מורחב של שופטים, לצירוף הנציבות להליך ולעיון מחדש בהחלטה שניתנה בתום הדיון בערעור. בהחלטה מיום 24.3.16 (הנשיא (בדימוס) יגאל פליטמן) נדחתה הבקשה על 3 ראשיה האחרונים. לעניין הבקשה לצירוף אסמכתא נקבע כי זו תידון במעמד הדיון הנוסף בערעור.

⁴¹ יצוין כי בקשת רשות הערעור הוגשה במשותף על ידי ארבע המערערות. סיכומי הטענות הוגשו על ידי המערערות 1 ו-2 במשותף ועל ידי המערערות 3 ו-4 במשותף. סיכומי התשובה הוגשו על ידי כלל המערערות יחד.

⁴² בשנת 2016, במסגרת תיקון מס' 32 לחוק הפיקוח על הביטוח, הוקמה רשות שוק ההון ונקבעו הוראות שונות לעניין תפקידיה ותפקיד הממונה על שוק ההון (להלן – **"הממונה"**), המשמש גם כממונה על שוק הביטוח. עם זאת, מאחר שברוב המועדים הרלוונטיים להליך זה טרם הוקמה רשות שוק ההון והממונה היה קרוי **"המפקח על הביטוח"** ומאחר שזה המונח שבו השתמשו הצדדים ברוב כתבי טענותיהם, נעשה אף אנו, ברוב המקרים, שימוש במונח **"המפקח על הביטוח"** ולא במונח **"הממונה על שוק ההון"**.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

47. עמדת המדינה – הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר (להלן – **המדינה** או **הממונה**) הוגשה (לאחר 5 בקשות להארכת המועד) ביום 22.12.16 והמשיבות הגישו התייחסותן אליה ביום 5.4.17.
48. ביום 20.4.17 התקיים דיון נוסף בערעור לפני מותב בית הדין (הנשיא (בדימוס) גאל פליטמן, סגנית הנשיא (כתוארה אז) ורדה וירט-ליבנה, הח"מ ונציגות הציבור גבי יעל רון וגבי יודפת הראל-בוכריס) ובמסגרתו העלו הצדדים (למעט המשיבה 3 שנפטרה ביום 29.5.16 והיורשים טרם באו בנעליה) את טענותיהם וחידדו אותן, כמפורט להלן.
49. בטרם נפנה לפירוט הטענות נזכיר כי בעקבות פטירתה המצערת של המשיבה 3 ז"ל, הומצא לבית הדין צו ירושה בעניינה, ובהחלטה מיום 10.2.18 נקבע כי **"משהומצא צו ירושה יבואו יורשי המשיבה 3 תחתיה בהליך זה"**. כן נתבקשו היורשים להודיע אם הם מבקשים להוסיף טיעון על שכבר נטען עד לאותו השלב. בסופו של יום, לאחר שהיורשים שקלו צירוף בא כוח נוסף שייצג אותם בהליך וביקשו להוסיף טיעון מטעמם, הודיע בא כוח המשיבות כי הוא לבדו מייצג גם את היורשים ובהתייחס להחלטה מיום 29.8.18 הודיע כי אינו עומד על הגשת הטענות הנוסף שביקשו היורשים להגיש.
50. עוד יצוין כי ביום 13.5.19 הגישו המערערות 3 ו-4 בקשה לצירוף אסמכתא – בג"ץ **חקנזרי**⁴³. בשים לב למהות העניין ולהלכה הפסוקה באשר לצירוף אסמכתאות משפטיות⁴⁴ ובהינתן הסכמת המשיבות, אנו מורים על קבלת האסמכתא לתיק בית הדין.
51. ועתה ניגש לטענות הצדדים. טענות אלה, בעיקר מטעם המערערות, מתפרשות על פני עמודים רבים ונספחים לרוב. בשלב זה נסתפק בהבאתן בתמצית (יחסית) ובהמשך, במסגרת פרק הדיון וההכרעה, ניכנס לפרטיהן, ככל שהדבר יידרש. עוד נציין כי משניתנה רשות ערעור, נשמטו טענות הצדדים שהתייחסו לשאלה אם יש ליתן רשות ערעור אם לאו.

טענות המערערות

52. בפתח דבריהן טוענות המערערות כי בהחלטה המאשרת נפלו כשלים המצדיקים התערבות בה. לדבריהן, בית הדין האזורי התעלם מטענותיהן לגופם של דברים ומהראיות הרבות שהציגו ולא נסתרו, לרבות חוות דעת המומחים מטעמן, תוך

⁴³ בג"ץ 227/18 חקנזרי נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר (26.3.2019) (להלן – בג"ץ חקנזרי).

⁴⁴ ראו למשל ע"א 3664/16 פרברי נ' אסולין וההפניות שם (החלטה מיום 3.5.2017).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

שהוא מנמק זאת בכך ששלב אישור הבקשה אינו השלב הדיוני המתאים לכך. לעמדת המערערות, על פי הוראות חוק תובענות ייצוגיות וההלכה הפסוקה, **"שומה היה על בית הדין קמא להיכנס – כבר בשלב בירור הבקשה לאישור תובענה ייצוגית – לעובי הקורה"** ולבחון את הטענות לגופן. עוד נטען כי במקומות הבודדים שבהם התייחס בית הדין האזורי לטענות המערערות, הדבר נעשה בצורה שגויה, חלקית ולא מעמיקה. המערערות מפרטות בהרחבה רבה את טענותיהן ואת הכשלים שנפלו לדידן בהחלטה המאשרת, וחוזרות על עיקרי הטענות שהעלו בבית הדין האזורי, לרבות טענות הסף. כאמור לעיל, נביא בשלב זה אך את עיקרי הדברים.

א. טענות סף: המערערות עומדות על הטענות המקדמיות שהעלו בבית הדין האזורי בעניין ההתיישנות, מעשה בית דין, ושימוש לרעה בהליכי משפט, וטוענות כי הן מצדיקות את סילוקן על הסף של התובענה ובקשת האישור. כפי שכתבנו לעיל, לצורך פסק דינו זה לא נידרש להכרעה בטענות אלה ועל כן הן מובאות ללא פירוט.

ב. אין מדובר בהפליה פסולה אלא בהבחנה מותרת ושגה בית הדין האזורי בכך שלא קיים דיון מעמיק בשאלה זו: לדברי המערערות, אין חולק על חשיבותו של עקרון השוויון, אך כשקיימת הבחנה ראויה ומוצדקת, הנעוצה בטעמים אקטואריים-ביטוחיים ענייניים, כמו בעניין דנן, אין מדובר על הפליה פסולה. המערערות מסבירות כי סוגיית ההבחנה בין גברים לנשים בפוליסות ביטוח היא סוגיה עקרונית שמעוררת לבטים אצל הרגולטור והמחוקק הן בישראל והן בעולם, ועמדתם בה משתנה מעת לעת. מכל מקום, שינוי שנעשה, חל רק לעתיד לבוא וכך הוחלט גם בדיון בוועדת הכנסת. ההבחנה בין גברים לנשים בפוליסות הרלוונטיות ברכיב הגמלה נשענה על טעמים ביטוחיים-אקטואריים ענייניים והיתה מוצדקת והמשיבות לא הרימו את הנטל להוכיח שההבחנה נעשתה ללא הצדקה עניינית.

אשר לטעמים ליצירת ההבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה ולא ברכיב הריסק – המערערות חוזרות על שטענו בבית הדין האזורי בעניין עקרון המספרים הגדולים ועקרון המיצוע, שמהם נגזר הכלל של תעריף אחיד לכלל המבוטחים. החרג הוא יצירת הבחנות בין קבוצות באותה תכנית ביטוח. הבחנה המבוססת על תבחינים שלמבוטח אין שליטה עליהם, כגון מין, מוצא וכיו"ב, כרוכה בדיון ערכי ותיעשה רק לשם מניעת כשל שוק או בעקבות דיון ציבורי המביא לשינוי מדיניות. במקרה דנן, יצירת ההבחנה ברכיב הגמלה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

נעשתה למניעת כשל שוק ויצירת ההבחנה ברכיב הריסק – משנת 2000 ואילך, נעשתה בעקבות הדיון הציבורי בוועדת הכנסת. למען הנוחות ומאחר שטענות אלה עומדות בלב פסק דינו, נחזור ונפרטן עתה, אף שעיקריהן כבר הובאו לעיל.

רכיב הגמלה: תוחלת החיים של גברים נמוכה משל נשים ואילו היו נקבעים מקדמי גמלה זהים, היו המבוטחים-הגברים מעדיפים, כבחירה כלכלית רציונלית, למשוך את הכסף במשיכה הונית חד פעמית וחברות הביטוח היו נשארות עם ציבור מבוטחות-נשים שיעדיפו קצבה חודשית. מצב זה מכונה "אנטי סלקציה" והוא מקים חשש ממשי לכשל שוק העלול לסכן את יציבותן של חברות הביטוח. למניעת כשל השוק היה צורך ליצור הבחנה בין המינים במקדמי הגמלה וכך נעשה – המפקח על הביטוח הנחה את חברות הביטוח לעשות שימוש, ברכיב הגמלה, בלוחות תמותה המבחינים בין גברים לנשים והדבר אף תאם את המדיניות שביקשה לעודד משיכה קצבתית ולא הונית.

רכיב הריסק: ברכיב זה לא התעורר חשש לכשל שוק, ועל כן לכתחילה חל לגביו הכלל הרגיל של תעריף אחיד ואי הבחנה. בנוסף, לא נדרשה הבחנה בין המינים ברכיב הריסק משום שההבדל ביניהם בתוחלת החיים בגיל הרלוונטי לרכיב זה – גיל העבודה, אינו מובהק. לעומת זאת, הבחנה כאמור נדרשה ברכיב הגמלה, משום שההבדל בתוחלת החיים בגיל הרלוונטי לרכיב הגמלה – אחרי גיל פרישה, הוא משמעותי. ועוד, רכיב הריסק בפוליסות הרלוונטיות הוא שולי (4% בלבד מהפוליסה כולה) ולפיכך אינו מצדיק, מבחינת עלות-תועלת, יצירת הבחנה. אולם בעקבות הדיון בוועדת הכנסת חל שינוי מדיניות שהוביל ליצירת הבחנה בין גברים לנשים גם ברכיב הריסק.

המערערות מציינות כי גם לגבי רכיב אכ"ע לא נוצר חשש לכשל שוק וגם שם התעריף אחיד, אולם בניגוד לרכיב הריסק, אי ההבחנה ברכיב אכ"ע פועל לטובת נשים.

לצד פרישת הטעמים לקיומה של הבחנה ברכיב הגמלה ולאי קיומה של הבחנה ברכיב הריסק בפוליסות הרלוונטיות, מציגות המערערות עקרונות נוספים המשמשים רקע לטענותיהן. כך, המערערות חוזרות ומדגישות כי הפרמיה בתכניות ביטוח הכוללות מספר כיסויים ביטוחיים, נקבעת על יסוד מכלול שיקולים ושילוב הרכיבים השונים בתכנית, שיש להם השפעות צולבות זה על זה. לעמדת המערערות, הסתכלות על רכיב אחד בלבד, כפי שעשו המשיבות, יוצרת תמונה מעוותת, קוראת תיגר על עקרון המיצוע ומפרה את האיזון



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

האקטוארי שבפוליסה. עיקרון נוסף הוא כי שינוי בתעריף של פוליסת ביטוח מוחל מכאן ואילך ולא רטרואקטיבית. מודגש כי תחום הביטוח הוא דינמי ומשתנה וכי תעריפי הביטוח משתנים מעת לעת, אך תמיד, גם בארץ וגם בעולם, מוחל השינוי רק לעתיד ולא רטרואקטיבית, שאם לא כן יגרום הדבר לבלימת השתכללות שוק הביטוח ותהיינה לו השלכות מרחיקות לכת על חברות הביטוח וציבור המבוטחים, לרבות אלה המבקשים להחיל את השינוי רטרואקטיבית.

המערערות משלימות כי עיקר הדיון בטענת המשיבות להפליה אינו בשאלת עצם קיומה של הבחנה, אלא בשאלה אם ההבחנה היא מוצדקת ואם היא נובעת מטעמים ענייניים ורלוונטיים. לשיטתן, דיון זה כלל לא נעשה במסגרת ההחלטה המאשרת והדבר הוא בבחינת "המשגה היסודי והבסיסי" בה, וכאמור לעיל, ההבחנה ברכיב הגמלה ואי ההבחנה ברכיב הריסק נעשו מטעמים אקטואריים-ביטוחיים ענייניים. מכאן, כי עילת ההפליה, העומדת ביסוד התובענה ובקשת האישור, לא מתקיימת ועל כן אין אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה.

ג. הסתמכות המערערות על הנחיות המפקח על הביטוח: המערערות חוזרות על כך שפעלו על פי הנחיות המפקח על הביטוח והסתמכו על האישורים שנתן לפוליסות הרלוונטיות, לרבות לוחות התמורות. לעמדתן, בשל כך "לא ניתן לתקוף" אותן באותו עניין ועל פי פסיקת בית המשפט העליון, למשל בעניין דקלה⁴⁵, אין מקום לאשר תובענה ייצוגית נגד חברת ביטוח שפעלה בהתאם להוראות המפקח.

ד. שגה בית הדין בקבעו כי ההליך עומד בתנאי סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות: המערערות טוענות כי לא עלה בידי המשיבות להוכיח כי קיימת לכל אחת מהן עילת תביעה אישית, שכן כאמור לעיל, אין הפליה אסורה בפוליסות הרלוונטיות וגם עילות התביעה האחרות שהעלו לא פורטו ולא הוכחו. לעניין חוק עשיית עושר נטען כי אינו חל משום שאין בענייננו התעשרות שלא כדין. גם העילה לפי חוק החוזים האחידים לא פורטה ואינה חלה. בנוסף, בניגוד לטענת המשיבות, המערערות לא הפרו את חובת תום הלב. עוד נטען כי לא עלה בידי המשיבות להוכיח כי הן עומדות ביתר התנאים לאישור תובענה ייצוגית, כך:

⁴⁵ רע"א 8014/09 דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' פרידמן (21.4.2011) (להלן – עניין דקלה).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

- (1) אין שאלות משותפות לכל הקבוצה, משלא מדובר בקבוצה "הומוגנית ראויה", ביטוח מנהלים הוא מוצר אינדיבידואלי ולמעשה הקבוצה כוללת מספר תתי-קבוצות, סכומי נזק שונים ועוד.
 - (2) במצב דברים זה, הדורש בירור עובדתי פרטני במספר רב של סוגיות, לא ניתן לומר שניהול הליך ייצוגי יהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה.
 - (3) אף לא ניתן לומר, מוסיפות המערערות, שעניין של חברות הקבוצה ינוהל בדרך הולמת ובתום לב, משהתובענה הוגשה ללא כל ביסוס ראיתי, ולמעשה מבוקש בה להורות למערערות "על דרך הפעולה האקטוארית והמקצועית הראויה" תוך החלפת הגורמים המוסמכים המקצועיים והתעלמות מההשלכות מרחיקות הלכת של הבקשה, לרבות ייקור משמעותי בתעריף הכולל של הפוליסות הרלוונטיות.
 - (4) אשר לאפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה – המערערות סבורות כי שגה בית הדין קמא בקבעו כי השינוי בתכניות הביטוח החדשות בשנת 2000, בעקבות הדיון בוועדת הכנסת, מהווה הודאה של המערערות בקיומה של הפליה, ומכאן גזר כי אין מדובר בתביעת סרק. נטען כי נוכח עוצמתו של כלי התובענה הייצוגית, יש לעשות בו שימוש זהיר ולהיכנס לעובי הקורה כבר בשלב בקשת האישור. לא כך נעשה בעניין דנן. בית הדין האזורי קבע כי די במסקנה של הוועדה כדי לקבוע שקיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה. גם בכך שגה משום שלא הפעיל שיקול דעת עצמאי בבחינת הסוגיה אלא הסתמך על הדיון בוועדה. בנוסף, בית הדין קמא לא לקח בחשבון שהדיון בוועדה התייחס לשינוי פרוספקטיבי בלבד ושגה בקבעו כי עניין התחולה הפרוספקטיבית או הרטרואקטיבית נוגע לשאלת הסעד בלבד, שכן עניין זה יורד לשורשה של עילת התביעה ועשוי להביא לאנדרלמוסיה בעולם הביטוח. מכאן, משלימות המערערות, מתחייבת המסקנה כי אין אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה.
- ה. טענות נוספות מפי המערערות :
- (1) טענותיהן נתמכו בחוות דעת של מומחים בעלי שם בתחום הרלוונטי. חוות הדעת האמורות לא זו בלבד שלא נסתרו אלא שאושרו בעיקרן על ידי המומחה מטעם המשיבות.
 - (2) המשיבות טענו כי תיאוריית הרציונליות, שעל יסודה טענו המערערות כי קיים חשש לכשל שוק אילו היו נקבעים מקדמי גמלה זהים לשני המינים,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

- היא תיאוריה מופרכת. טענה זו מעידה, לשיטת המערערות, "על כשל שורשי ובסיסי ביותר" מצד המשיבות ועל "חוסר הבנתן את המטרייה בה עסקינן". המערערות מפנות בהקשר זה, בין היתר, לדברי המומחה מטעמן, מר שביט – "אבוי לחברה שאני הייתי תופס אותה שמנצלת חשיבה לא רציונאלית או חוסר הבנה או חוסר ידע מקצועי של מבוטח".
- (3) שגה בית הדין קמא בהסתמכו על פסקי הדין בעניין פידלמן, הן משום שטענות רבות של המשיבות לעניין זה עלו לראשונה בשלב הסיכומים ועל כן מהוות הרחבת חזית אסורה, והן משום שאין להקיש מפסקי הדין בעניין פידלמן לנסיבות המקרה דנן, מאחר שהם עוסקים בשני עניינים שונים בתכלית. בהקשר זה נטען כי בפסקי הדין בעניין פידלמן סב הדיון על קרנות פנסיה ואילו בענייננו סב הדיון על ביטוח מנהלים וכי "מדובר בשני מוצרים פנסיוניים שונים; בעלי מאפיינים שונים בתכלית; שהתמחור שלהם שונה לחלוטין; ולכן ההשוואה ביניהם היא עירוב מין בשאינו מינו". עוד נטען כי הטעמים שעמדו בבסיס יצירת ההבחנה בין אלמנים לאלמנות בפסקי הדין בעניין פידלמן, היו נעוצים בנחיתות האישה בשוק העבודה ובכושר השתכרות גבוה יותר של גברים, ואילו בעניין דנן הטעמים להבחנה ואי ההבחנה הם אקטואריים-ביטוחיים ענייניים. עוד נטען כי מפסקי הדין בעניין פידלמן ניתן ללמוד דווקא כי חברות הביטוח רשאיות לשקול שיקולים שונים כגון מין וגיל וכי אין להחיל את השינוי רטרואקטיבית.
- (4) טענות המשיבות ביחס להחלטות המפקח על הביטוח והנחיותיו הן הרחבת חזית אסורה ומהוות תקיפה מינהלית עקיפה ואין להתיר זאת במסגרת הליך ייצוגי.
- (5) מהנפסק בבג"ץ חקנזרי יש להדגיש את הסתמכות חברות הביטוח שם על הנחיות המאסדר, את היותה של הסתמכות זו בבחינת "מעשה עשוי" ואת הקושי בהחלה רטרואקטיבית של תנאי ביטוח חדשים. בשל כל אלה נדחתה העתירה (ביחס לאחת מקבוצות העמיתות שם).

טענות המשיבות

53. המשיבות תומכות יתדותיהן בהחלטה המאשרת, חוזרות על עיקר הטענות שהעלו בבית הדין האזורי ומשיבות לטענות המערערות. ואלה עיקרי הדברים:
- א. התייחסות לטענות הסף: המשיבות חוזרות על תגובותיהן לטענות הסף בדבר התיישנות, מעשה בית דין ושימוש לרעה בהליכי משפט ומזכירות כי שתי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

הטענות הראשונות נדחו בהחלטת בית הדין האזורי מיום 10.7.12, שלא הוגשה עליה בקשת רשות ערעור.

ב. התנאים לאישור התובענה כייצוגית:

(1) לדברי המשיבות, בירורה של תובענה ייצוגית צריך להיות רציני ויעיל, ואין להפוך את הדיון בבקשת האישור לדיון העיקרי. בירור רוב התביעה בשלב האישור חורג מהאיזון שקבע המחוקק ואינו ראוי. בענייננו הלך בית הדין קמא במתווה זה, ודאי "משעסקינן בענייננו בעילה שהוכחה בין השאר גם בהודאה מצדן של חברות הביטוח בעצם העובדה כי תיקנו את הפוליסות החדשות [תכניות הביטוח החדשות – א.א.] והסירו מהן את ההפליה" (הדגשה במקור – א.א.) וקבע כי יש אפשרות סבירה שהתביעה תתקבל. הוטעם כי קבלת עמדת המערערות משמעותה כי ייקבע ש"אין כל דרך לתקן או לצמצם את ההפליה, ולו בצורה חלקית. דרישה כזו היא בלתי-סבירה לחלוטין. מדובר על הפליה מגדרית גסה של רבבות מבוטחות שעתידה, אם לא תתוקן, להימשך עוד עשרות שנים".

(2) יש לדחות את הטענה כי למשיבות אין עילת תביעה אישית, ולמעשה אין בטענות המערערות תשובה לטענת ההפליה שבפוליסות הרלוונטיות.

(3) טענת המערערות לאי קיום התנאי בדבר שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לחברות הקבוצה דינה להידחות. אין צורך בזהות מלאה בכל שאלה ושאלה הטעונה הכרעה אלא די בכך שהשאלות העיקריות תהיינה משותפות, ואלה הם פני הדברים בעניין דנן. המשיבות עורכות הבחנה בעניין זה בין שונות של חברות הקבוצה הנוגעת לעצם הזכאות ובין שונות הנוגעת לגובה הפיצוי. לעמדתן, לשונות מהסוג השני, שאפשר שיהיה קיים בעניין דנן, ניתן מענה בסעיף 20 לחוק והיא אינה מצדיקה כשלעצמה דחייה של בקשת האישור.

(4) המשיבות חוזרות וטוענות כי בנסיבות העניין – מספרן הרב של הנשים המבוטחות בפוליסות הרלוונטיות והסעד הנמוך יחסית לכל אחת מהן, ההליך הייצוגי הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

(5) המשיבות מוסיפות כי המערערות טענו כי לא מתקיים בענייננו התנאי בדבר ייצוג בדרך הולמת ובתום לב, אלא שלפי סעיף 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, בעניין זה אין אפשרות לערער או לבקש רשות ערעור.

(6) עוד טוענות המשיבות כי יש לדחות את טענת המערערות לנזק חמור שעשוי להיגרם להן מעצם ניהול ההליך הייצוגי. לדברי המשיבות, מדובר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

בטענה מרחיקת לכת שמשמעות קבלתה היא חסימת הגישה של המשיבות לערכאות ויש להביא ראיות ברורות וחד משמעיות להוכחתה. כזאת לא נעשה וטענת המערערות לעניין זה היא טענה בעלמא. מוסיפות המשיבות כי עם עניין הנזק הפוטנציאלי למערערות ניתן להתמודד באמצעות סעיף 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, בדיון בתובענה הייצוגית לגופה, ולא בשלב בקשת האישור. עוד נטען כי טענת המערערות לנזק חמור אינה מתיישבת עם טענה אחרת שהעלו, שלפיה הפגיעה במבוטחות היא שולית וזניחה.

ג. אישור המפקח על הביטוח: לעמדת המשיבות, העובדה שהפוליסות הרלוונטיות קיבלו את אישור המפקח אין בה כדי להעלות או להוריד, שכן ברי כי המפקח אינו מוסמך להכשיר הפליה פסולה, וודאי לא ניתן לייחס לו כוונה כזו. עוד נטען שכפי שבפסקי הדין בעניין פידלמן לא נרתעו בית המשפט העליון ובית הדין הארצי מלהורות על ביטול הוראות בתקנון האחד, שנקבע על ידי המפקח עצמו, מקל וחומר שאין באישורים או הנחיות או הוראות מטעמו כדי להכשיר הפליה פסולה. יתרה מזאת. עובדת קיומו של פיקוח רגולטורי על הפוליסות הרלוונטיות רק מדגישה את כפיפותן לעקרונות חוקתיים.

ד. פסקי הדין בעניין פידלמן: המשיבות דוחות את ההבחנה שעושות המערערות בין פסקי הדין בעניין פידלמן לעניינן. לשיטת הראשונות, מפסק דינו של בית הדין הארצי בערעור בשאלת הסמכות ניתן ללמוד כי "ביטוח מנהלים כמזהו כקרן פנסיה" ועל כן ניתן להקיש מפסקי הדין בעניין פידלמן שעסק בקרנות פנסיה לענייננו-אנו, העוסק בביטוח מנהלים. עוד נטען כי בניגוד לדברי המערערות, ההכרעה האופרטיבית בפסקי הדין בעניין פידלמן התייחסה למבוטחים קיימים בלבד, ולכן אין ללמוד ממנה כי תיקון פוליסה יכול להיעשות אך ביחס למצטרפים חדשים. עוד צוין כי בפסקי הדין בעניין פידלמן היו בית המשפט העליון ובית הדין הארצי ערים לנטל שיפול על כתפי חברות הביטוח כתוצאה מתיקון ההפליה, אלא שהדבר לא מנע את מתן הסעד. בהקשר זה הוסיפו המשיבות כי עצם התיקון שנעשה בתכניות הביטוח החדשות בשנת 2000 שומט את הקרקע מתחת לטענה שלפיה לא ניתן לתקן פוליסות קיימות.

ה. טענות נוספות מפי המשיבות:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

(1) אין להשלים עם העובדה שמצד אחד המערערות תיקנו את תכנית הביטוח החדשות ומצד שני טוענות שבפוליסות הרלוונטיות אין הפליה פסולה.

(2) טענת המערערות כי יש הכרח להבחין בין המינים לעניין מקדמי הגמלה קרסה בעדות המומחה מטעמן, שאישר בחקירתו הנגדית כי הבחנה מגדרית לקביעת תעריפי הביטוח נאסרה במפורש **"בארצות אחרות"**.

(3) אף אילו היה ממש בתיאוריית הרציונליות שהציגו המערערות ובטענותיהן לעניין ה"אנטי סלקציה", אין בכך כדי לשלול עריכת הבחנה בין נשים לגברים ברכיב הריסק, ולכן – **"או שיושוו מקדמי הגמלה או שיופחתו תעריפי הריסק לנשים מבוטחות"**.

(4) בג"ץ **חקנזרי** תומך בעמדת המשיבות דווקא ואין ללמוד ממנו את שמבקשות המערערות ללמוד. בעניין **חקנזרי** פעלה ההבחנה המגדרית בשני הכיוונים, כלומר, נשים קיבלו גמלה לתקופה קצרה יותר אך גם שילמו פרמיה נמוכה יותר. חרף זאת החליטה הממונה על שוק ההון דאז להורות על ביטולה והדבר מלמד כי גם לעמדתה אין מקום להבחנה מגדרית בתחום הביטוח, קל וחומר במצב שבו ההבחנה פועלת, כבענייננו, בכיוון אחד בלבד. ועוד – בעניין **חקנזרי** החליטה הממונה, לגבי אותן עמיתות שהצטרפו לפני ביטול ההבחנה המגדרית, כי תינתן להן אפשרות לבחור במסלול שאינו כולל הבחנה זו, ומכאן כי ניתן להתערב בתכניות ביטוח קיימות, בניגוד לנטען על ידי המערערות.

עמדת המדינה

54. המדינה תומכת בעמדת המערערות וסבורה כי יש לקבל את ערעורן. לעמדתה, אין מקום לדון בתובענה דנן בהליך ייצוגי הן משום שהתובענה הייצוגית בנסיבות העניין אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת והן משום שאין אפשרות סבירה כי השאלות המתעוררות תוכרענה לטובת הקבוצה, מאחר שבפוליסות הרלוונטיות אין הפליה פסולה. וזה עיקר טיעונה:

א. תכלית חוק תובענות ייצוגיות: המדינה מפרטת את התנאים הקבועים בחוק לאישור תובענה ייצוגית ומדגישה כי תכלית החוק היא **"לפתור מצב בו תביעה פרטנית אינה מעשית, בין היתר, בשל קיומם של מחסומי תביעה שונים"**. המדינה טוענת כי תביעת המשיבות היא לביטול **"ההוראה המפלה (לשיטתן) וכן לקבלת סעדים כספיים"**, בין אם בהשוואת מקדמי הגמלה ובין אם בהפחתת סכומי הריסק, ומסבירה כי משמעות הסעד היא שינוי הוראות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

בפוליסות הרלוונטיות, אלא שכלי התובענה הייצוגית "נועד לתת סעד בגין עוולות שבוצעו עד למועד הגשת בקשת האישור לתובענה הייצוגית ואינו נועד לתת סעד על עילות תביעה שייוצרו לאחר מכן". עוד נטען כי לא ברור כיצד יחושב הסעד הכספי שהמשיבות עותרות לו, בשים לב למועד הנפקת הפוליסות הרלוונטיות ובהעדר נתונים חלופיים. אשר "לדרישה לביטול ההוראה המפלה (לשיטת המשיבות)" בפוליסות הרלוונטיות, נטען כי על פי סעיף 40 לחוק הפיקוח על הביטוח, מבטח שמבקש לשנות תכנית ביטוח חייב להגיש את השינוי לממונה על שוק ההון, אשר רשאי להתנגד לשינוי. לפיכך, ומאחר שבית הדין לא ישים שיקול דעתו תחת שיקול דעת הממונה, "ממילא אין הכרח שהשינוי בתכנית הביטוח יזכה את המשיבות בסעדים הכספיים המבוקשים על ידן". המדינה מציינת כי "בית הדין הנכבד קמא לא דק פורתא ביחס לסוגיה זו".

ב. לא מדובר בהפליה פסולה: המדינה עומדת על ההבדלים בין רכיב הריסק לרכיב הגמלה ומדגישה כי "מדובר בשני כיסויים שונים שנועדו למטרות שונות ואף הפוכות זו מזו", יש להם סיכונים שונים, לוחות תמורתה שונים, וכל אחד מהם נמכר כמוצר נפרד ועומד בפני עצמו. הבדלים אלה משפיעים באופן משמעותי ביותר על התנהלות חברות הביטוח, "מסבירים מדוע ביחס לביטוחי קצבה התחייב שימוש בלוחות תמורתה מבחינים, ואילו ביחס לביטוח הריסק, לא התחייב, מבחינת המבטח, שימוש כזה" ו"לא ניתן לטעון כי התקיימה אפליה על בסיס כריכה של מוצרים אלה זה בזה". המדינה מוסיפה כי בתקופה הרלוונטית לא היו די נתונים סטטיסטיים שאפשרו יצירת לוחות תמורתה שונים לגברים ולנשים ברכיב הריסק, וחברות ביטוח ש"זיהו כי קיים פער מסוים בין תמורת גברים לנשים, קבעו תעריפים מיוחדים או הנחות מיוחדות בביטוח חיים לנשים". עוד מציינת המדינה בהקשר זה את תופעת ה"אנטי סלקציה" שחייבה את ההבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה ומציינת כי תופעה זו כמעט אינה מתקיימת ברכיב הריסק.

המדינה מזכירה את עקרון המספרים הגדולים ועקרון המיצוע העומדים ביסוד עולם הביטוח, שמהם נגזרת התייחסות אחידה לאוכלוסיות שונות. לדבריה, יש מקרים המחייבים יצירת הבחנה, למשל משיקולים של יציבות חברות הביטוח, ולעומתם יש מקרים שבהם חברות הביטוח אינן חייבות להבחין בין אוכלוסיות שונות אך הן רשאיות לעשות זאת על פי שיקול דעתן המסחרית. מכל מקום, הקביעה שכיוון שבוצעה הבחנה בין המינים במוצר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

אחד, מתחייבת הבחנה גם במוצר אחר, היא קביעה שגויה, העלולה ליצור עיוותים בשוק הביטוח. כמו כן, קיומם של הבדלים בין אוכלוסיות אינו חייב יצירת הבחנה בתעריף הביטוח. לעניין זה מוסבר כי גם כשקיימת מובהקות סטטיסטית להבחנה בין קבוצות מבוטחים, אלא שהיא מצביעה על פערים קטנים בין הקבוצות, רשאית חברת הביטוח להחליט שלא ליצור הבחנה. ואף אם מדובר בפערים גדולים היא רשאית לקבוע תעריף אחיד והדבר יילקח בחשבון בתמחור.

ג. טענות נוספות מפי המדינה:

(1) אין בשינוי שנעשה בתכניות הביטוח החדשות כדי להשליך על הפוליסות הרלוונטיות (הקודמות להן). שינוי זה התחיל על ידי חברות הביטוח ונמשך לאחר הדיון בוועדת הכנסת. אין הוא מלמד על כך שהמצב הקודם הפלה נשים באופן פסול, אלא מדובר "בשינוי מסחרי שנובע מהסתכלות על טבלאות תמותה מעודכנות ובחירה מחודשת של הפרמטרים לגביהם לא נעשה מיצוע".

(2) לא ניתן במסגרת תובענה ייצוגית לשנות את חוזה הביטוח עבור כלל חברי הקבוצה, שכן שינוי חוזה ביטוח מצריך את הסכמתם המפורשת של כל אחד מהמבוטחים.

(3) לא ברור איך ניתן לשנות את הפרמיה רק ביחס לנשים. המשמעות של קביעת פרמיה נמוכה יותר לנשים ברכיב הריסק היא העלאת הפרמיה בדיעבד לגברים או השבה מכספי החברה.

התייחסות המשיבות לעמדת המדינה

55. המשיבות סבורות כי יש למחוק את עמדת המדינה משהיא נשענת על טענות עובדתיות שלא הונחה להן תשתית ראייתית והן עומדות בסתירה מוחלטת לטענות המערערות בבית הדין האזורי. כך, בלב עמדת המערערות עמדה הטענה כי הפוליסות הרלוונטיות מהוות מוצר אחד מגובש שלא ניתן להפרדה, ואילו המדינה טוענת כי מדובר בשני מוצרי ביטוח שונים "שבמקרה נמכרים יחד". כך, המדינה טוענת כי חוסך בביטוח מנהלים "יכול" להיות מבוטח ברכיב ריסק, אלא שבפוליסות הרלוונטיות החוסך חייב לרכוש רכיב זה ועובדה זו אף סותרת את טענת המדינה שלפיה מדובר בשני מוצרים נפרדים. לעמדת המשיבות, העלאת טענה זו על ידי המדינה מלמדת על "הטיה וחוסר אובייקטיביות" ועל כי עמדתה מנותקת מהמציאות ואין ליתן לה משקל. עוד נטען כי המדינה לא הצביעה על כל טעות שנפלה בהחלטה המאשרת.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

56. לגופם של דברים נטען כי עמדת המדינה מהווה המשך לגישה שהוצגה על ידה בפסקי הדין בעניין **פידלמן** ונדחתה; עיון בפסיקה מגלה שהמדינה **"תומכת באופן עקבי בהסדרים מפלים"**; עמדת המדינה מנוגדת לנפסק בפסקי הדין בעניין **פידלמן** ולפסיקת בית הדין האירופי לצדק⁴⁶, שאסר כליל הבחנה מגדרית בפוליסות ביטוח בכל מדינות האיחוד האירופי, ועל כן היא **"בלתי-סבירה לחלוטין"**; טענת המדינה שלפיה לא ניתן להתערב בפוליסה קיימת היא חסרת שחר ומשמעותה כי **"בית המשפט אינו יכול לתקן כל תניה בלתי-חוקית הכלולה בפוליסה"**; סעיף 40 לחוק הפיקוח על הביטוח מסמיך את המפקח לשנות תנאי בפוליסה קיימת, קל וחומר שרשות שיפוטית יכולה לעשות כן משמצאה כי הפוליסה כוללת הפליה מגדרית שבטלה מעיקרה; המדינה מודה למעשה שההבדלים בין המינים בשיעורי התמורה היו ידועים לחברות הביטוח והן השתמשו בכלים שונים לביצוע הבחנה בתעריף הריסק. מכאן כי היו להן כלים לביצוע הבחנה גם בפוליסות הקיימות; טענת ה"אנטי סלקציה" מופרכת מעיקרה והועלתה **"כתירוץ בדיעבד"** ללא תשתית ראייתית שהיא שעמדה לנגד עיני מנסחי הפוליסות או מי שאישר אותן; ה"אנטי סלקציה" מחייבת יצירת הבחנה גם ברכיב הריסק; בניגוד לטענת המדינה, המשיבות לא מבקשות שבית הדין יחליף את שיקול דעתו של המפקח על הביטוח. ההפליה הנטענת גוררת את ביטולן מעיקרן של ההוראות המפלות בפוליסות הרלוונטיות והדבר כלל לא תלוי בשיקול דעת המפקח.

57. המשיבות סבורות כי טיעוני המדינה, לעניין אי התאמת התובענה להתברר כתובענה ייצוגית, הם **"מופרכים ובלתי-הגיוניים"**. כך, למשל, הטענה כי לא ניתן לשנות את חוזה הביטוח בהליך ייצוגי משום שנדרשת הסכמה מפורשת של כל אחד מהמבוטחים, היא טענה חסרת בסיס ומרוקנת מתוכן את כלי התובענה הייצוגית ומנוגדת לדין. גם הטענה כי שינוי הפרמיה לנשים יחייב את שינוי הפרמיה לגברים **"מופרכת מיסודה"**, שכן, בין היתר, מבחינה משפטית **"את מחיר ההפליה צריך לשלם המפלה, ולא צד ג"**.

⁴⁶ Case C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others V. Conseil des ministres (Court of Justice, Grand Chamber, 2009).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

ד. דיון והכרעה

58. הצדדים פרשו בפנינו טענות הנוגעות לסוגיות רבות. לא ראינו לנכון להידרש לכל אחת ואחת מהטענות והסוגיות הללו ואת עיקר הדיון נמקד בשאלת קיומה של עילת תביעה ובשאלה אם התקיים תנאי האפשרות הסבירה לזכייה. יובהר כי שני תנאים אלה קשורים זה לזה באופן הדוק, שהרי אם לא מוכח (באופן לכאורית) קיומה של עילת תביעה, נשמט מאליו גם תנאי האפשרות הסבירה לזכייה. ולהיפך – ככל שמונחת תשתית לכאורית מבוססת יותר לעילת התביעה, כך עולה ומתחזקת האפשרות כי התובענה תוכרע לטובת הקבוצה.⁴⁷

59. אחר שאמרנו זאת נקדים אחרית לראשית ונציין כי דין הערעור להתקבל. לדידנו, בתמצית, בהחלטת האישור לא נערך דיון מספק בשאלות המרכזיות הטעונות הכרעה ובחינת שאלות אלה על ידינו מעלה כי לא ניתן לומר שהוכחו, ודאי לא ברמה הנדרשת לאישור תובענה כייצוגית, עילת התביעה ותנאי האפשרות הסבירה לזכייה. כפי שנראה, המערערות הוכיחו, ולו לכאורית, כי ההבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה, אינה הפליה פסולה אלא הבחנה מותרת, הנשענת על ההבדלים המובהקים בין המינים בתוחלת החיים בגיל הפרישה. עוד הוכיחו המערערות, על פני הדברים, כי מטעמים שונים הבחנה זו לא היתה נדרשת ברכיב הריסק ועל כן הפעילו המערערות ברכיב זה את ברירת המחדל של כלל התעריף האחיד. ובניגוד לעמדת המשיבות, איננו סבורים כי קיומה של הבחנה בין המינים ברכיב הגמלה, מחייב עריכת הבחנה כזו ברכיב הריסק. העולה מכל האמור הוא כי לא עלה בידי המשיבות להוכיח ברמה הנדרשת בשלב האישור, כי קמה להן עילת תביעה וכי יש סיכוי סביר שהתובענה תוכרע לטובת חברות הקבוצה. לאור מסקנה זו, לא ראינו מקום להידרש לטענות הצדדים הנוגעות לטענות הסף ולטענות ביחס ליתר התנאים לאישור תובענה ייצוגית. וזו תהיה דרך הילוכנו: תחילה נעמוד על עיקרי מסגרת הדיון ונבחן מהו טיב הבירור שעל בית הדין לערוך בבואו להכריע בבקשה לאישור. לאור יסודות אלה נפנה לבחון את החלטת האישור. לאחר מכן, לאור המסקנה כי החלטת האישור אינה יכולה לעמוד, נבחן אם עלה בידי המשיבות להוכיח קיומה של עילת תביעה נגד המערערות ואת תנאי האפשרות הסבירה לזכייה.

⁴⁷ על זיקה הדוקה זו ניתן ללמוד גם מפסקי דין שבהם נבחנו תנאים אלה בצמידות. ראו למשל רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר, בפסקה האחרונה של סעיף 16 לפסק הדין (28.10.2018); רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, בסעיף 73 לפסק הדין (9.12.2015) (להלן – עניין קולך).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

טיב הברור הנדרש במסגרת הדיון בבקשה לאישור

60. כאמור לעיל, תובענה ייצוגית מתנהלת בשני שלבים. בשלב הראשון נדונה הבקשה לאישור ובשלב השני מתנהלת התובענה הייצוגית גופה. בשלב הראשון, הרלוונטי לענייננו-אנו, על בית המשפט הדן בבקשה לבחון את קיומם של התנאים הקבועים בחוק לאישור תובענה ייצוגית. הפסיקה דנה לא אחת בשאלת טיב הברור שעל בית המשפט הדן בבקשה לאישור לערוך, ובשאלה מה צריך מבקש בקשה לאישור להוכיח בשלב זה. הצבת הקו המבחין בין תשתית עובדתית לכאורית מספקת ובין תשתית עובדתית לכאורית שאינה כזו מעוררת לעתים קושי. פסק הדין בעניין **עמק זבולון**⁴⁸, שיש לו ולעניין שלפנינו יסודות משותפים לא מעטים, מדגים קושי זה. באותו עניין דן בית המשפט העליון בשאלה מהו הבסיס העובדתי הנדרש לאישור תובענה ייצוגית, בעיקר בכל הנוגע לקיומה של עילת תביעה. נקבע, בדעת רוב⁴⁹, כי בבוא בית המשפט להכריע בעניין זה, עליו להתייחס הן למישור העובדתי והן למישור המשפטי. עוד נפסק כך⁵⁰:

"המבחנים לאישורה של תובענה ייצוגית הם מחמירים מאלה שעל-פיהם נבחנת בקשה לסילוק על הסף של תביעה רגילה. על התובע הייצוגי להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתו. בשונה מן התובע בתביעה רגילה, המבקש לאשר תובענה ייצוגית אינו יכול להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה, אלא מוטלת עליו החובה להוכיחן באופן לכאורי. במקרה הצורך, המבקש צריך לתמוך את טענותיו בתצהירים ובמסמכים הרלוונטיים. בית המשפט שדן בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה, ולבחון היטב – משפטית ועובדתית – האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה ייצוגית... מבחנים אלה לא נקבעו בעלמא, אלא נועדו להביא לשימוש מושכל בכלי התובענה הייצוגית, לנוכח השפעתו המכרעת על הנתבעים ועל התנהלותם העסקית..." (הדגשה הוספה – א.א.)

61. בעוד שפסק הדין בעניין **עמק זבולון** העמיד במרכז את תנאי עילת התביעה, פסק הדין בעניין **עמוסי**⁵¹, שניתן כשנה קודם לכן, סב על תנאי האפשרות הסבירה לזכייה.

בית המשפט העליון עמד בהרחבה על תכליתו של תנאי זה ועל הרקע לחקיקתו, כחלק מהכרעה בשאלה מהי מידת הברור הנדרשת להוכחתו. הוסבר כי תובענה ייצוגית חושפת את הנתבע לסיכון שיידרש לשלם סכומי כסף משמעותיים וסיכון

⁴⁸ הערת שוליים 34 לעיל.

⁴⁹ השופט פוגלמן סבר כי התשתית העובדתית שהונחה היא ראויה ומספקת ועל כן אין מקום להחזיר את העניין לבית הדין האזורי. השופט דנציגר הצטרף **"לא בלי היסוס"** לעמדת השופטת ברק-ארז.

⁵⁰ בסעיף 41 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

⁵¹ הערת שוליים 33 לעיל.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

זה "מלווה בעלויות נוספות לנתבע בדמות פגיעה במוניטין, הצורך בהתאמת הדו"חות החשבונאיים לסיכון אליו הוא חשוף, הוצאות משפטיות גבוהות וכדומה"⁵². על כן, אם אין הצדקה לחשוף את הנתבע לסיכון זה, כלומר, כשאין אפשרות סבירה לזכייה – הרי שכלל, אין לאשר את ניהול ההליך נגדו כתובענה ייצוגית. וכדברי המלומד א' קלמנט – "מטרתו של תנאי זה [האפשרות הסבירה לזכייה – א.א.]... הנה להגן על נתבעים מפני הצורך להתמודד עם תובענות ייצוגיות סחטניות שסיכוייהן נמוכים"⁵³.

נציין כי קיים טעם נוסף לתנאי האמור – טעם המתמקד לא בנתבעים, אלא בחברי הקבוצה. דחיית התובענה הייצוגית לאחר שאושרה מקימה מעשה בית דין כלפי כל אחד מחברי הקבוצה. משכך, ועל מנת ששכרם של חברי הקבוצה לא ייצא בהפסדם, על התובע המייצג להוכיח, לכאורה, קיומה של אפשרות סבירה לזכייה⁵⁴.

62. מכל מקום ולענייננו – אשר לשאלה מהי מידת הבירור הנדרשת של תנאי זה, נקבע בעניין עמוסי, כי בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, "התובע נדרש להוכיח כבר בשלב המקדמי כי קיימת תשתית ראייתית מספקת שמקימה סיכוי סביר להכרעה לטובתו"⁵⁵. בהתאם נפסק כי על בית המשפט, בבואו להכריע בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, לבחון קיומה של אפשרות סבירה לזכייה, במידה המגנה באופן מידתי על זכויות הנתבע ואינה מחמירה מדי עם התובע. הודגש כי אף שביט המשפט אינו נדרש להכריע בכל השאלות המשפטיות והעובדתיות בשלב האישור, הרי ש"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"⁵⁶.

63. פסק דין נוסף שראינו לנכון להזכיר את עיקריו בשל מספר סוגיות משיקות לענייננו והמרכזית שבהן היא הפליית נשים, הוא פסק הדין בעניין קולך⁵⁷. באותו עניין דן בית המשפט העליון בשאלה אם מדיניות תחנת הרדיו "קול ברמה"

⁵² בסעיף 12 לפסק דינו של השופט ריבלין. ראו גם א' קלמנט, "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006", הפרקליט מט' 131, 141-145 (להלן – קווים מנחים).

⁵³ שם, בעמ' 142.

⁵⁴ א' פלינט וחי' ויניצקי, תובענות ייצוגיות, 162 - 163 והאסמכתאות שם, (נבו, 2017).

⁵⁵ עניין עמוסי, בסעיף 12 לפסק דינו של השופט ריבלין וההפניות שם.

⁵⁶ שם, בסעיף 15 לפסק דינו של השופט ריבלין. ראו גם קווים מנחים בעמ' 142, עניין קו מחשבה בסעיף 10 לפסק הדין וכן ע"א 6343/95 אבנר נפס וגז בע"מ נ' אבן, פ"ד נג(1) 115, 118 (1999).

⁵⁷ הערת שוליים 47 לעיל.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

שהוקמה בשנת 2009 (להלן – **התחנה**), שלא להשמיע נשים בשידוריה, מקימה עילה להגשת תובענה ייצוגית.

החשוב לענייננו, שאותו אנו מבקשים להדגיש, הוא **האופן** שבו בחן בית המשפט העליון את השאלה אם מדיניות התחנה מהווה הפליה פסולה על פי חוק איסור הפליה. לאחר שנקבע כי חוק זה חל על נסיבות העניין, נדונה השאלה **"האם המדיניות בה נקטה תחנת הרדיו אכן מהווה הפליה לכאורה"**⁵⁸. וכך נקבע⁵⁹:

"ככל שיתברר כי נשים לא היו רשאיות להשתתף בשידורי התחנה, בעוד שגברים היו רשאים לעשות כן, הרי שלא מן הנמנע כי פעילות התחנה תיכנס לגדרו של סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה. השאלה שעמה יש להתמודד כעת היא האם חזקה זו נסתרת לכאורה בהוכחת 'שוני רלבנטי' שהצדיק התייחסות שונה לנשים בנסיבות המקרה; שאלה שיש לבחנה בגדר הדיון בתחולת החריגים הקבועים בחוק." (הדגשה הוספה – א.א.)

כלומר, לא די בכך שהמדיניות של תחנת הרדיו מבחינה בין נשים לגברים, אלא יש לבחון אם ההבחנה נשענת על שוני רלוונטי. בהמשך נקבע – בהתייחס לטענות הצדדים ולראיות שהציגו – כי המדיניות אמנם מהווה הפליה וכי בנסיבות העניין אין הצדקה להפעלת החריגים לחוק איסור הפליה. לפיכך נקבע כי על כן **"בשלב לכאורי זה נראה כי שני החריגים לחוק איסור הפליה לא חלים"**⁶⁰. כלומר, עילת ההפליה הוכחה לכאורה.

לעניין תנאי האפשרות הסבירה לזכייה נקבע כי **"מכלול הקביעות עד כה מובילני למסקנה כי השאלות המתעוררות בתובענה מגלות לכל הפחות 'אפשרות סבירה' כי הן תוכרענה בסיכומו של דבר לטובת חברות הקבוצה"**⁶¹.

64. ניתן, אם כן, לסכם את העולה מפסקי הדין בעניין **עמק זבולון**, עניין **עמוסי** ועניין **קולך**, ולומר שבשלב הדיון בבקשה לאישור לא נדרש בירור התביעה כולה, על כל הטענות שבה. על בית הדין לבחון את התקיימותם של התנאים הקבועים בחוק לאישור התובענה כייצוגית **"במידת הסבירות הראויה"**⁶² ו"באופן לכאורי בלבד"⁶³, מבלי להפוך את שלב הדיון בבקשת האישור לדיון בתובענה גופה. לצד

⁵⁸ בסעיף 51 לפסק הדין.

⁵⁹ שם, בסעיף 52.

⁶⁰ שם, בסעיף 54.

⁶¹ שם, בסעיף 73.

⁶² ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ**, בסעיף 22 לפסק דינו של השופט חנן מלצר (4.9.2014) (להלן – **עניין ברזילי**). ראו גם ע"א 2967/95 **מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ**, פ"ד נא(2) 312, 327-330 (1997).

⁶³ עניין **ברזילי**, בסעיף 22 לפסק דינו של השופט מלצר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

זאת, על הבחינה להיעשות "לא על פי האמור בכתב התביעה בלבד"⁶⁴, אלא יש להיכנס לעובי הקורה ולבחון בצורה מעמיקה וראויה, עובדתית ומשפטית, אם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית, ובראשם קיומה של עילת תביעה ואפשרות סבירה לזכייה.

מון הכלל אל הפרט

65. בשים לב לכללים שהותוו בפסיקה ולטענות שבמוקד הערעור נעבור לבחון את ההחלטה המאשרת בענייננו. בשל הזיקה ההדוקה בין התנאי העוסק בקיומה של עילת תביעה ובין התנאי שעניינו אפשרות סבירה לזכייה – העומדים בלב הערעור – ונוכח הדיון שנערך בתנאים אלה במסגרת ההחלטה המאשרת, שמבחינה מהותית אינו מפריד ביניהם לגמרי, תיבחן להלן את ההחלטה המאשרת ביחס לשני תנאים אלה במאוחד.

66. נזכיר כי המערערות טוענות שבית הדין האזורי לא בחן את טענותיהן שלפיהן ההבחנה בין נשים לגברים ברכיב הגמלה והעדר ההבחנה ברכיב הריסק מקורם בטעמים ביטוחיים אקטואריים ענייניים ועל כן מהווים הבחנה מותרת ולא הפליה פסולה. בכלל זה לא נבחנו הראיות שהציגו, ובראשן חוות דעת המומחים מטעמן והעולה מחקירותיהם בבית הדין, אף שהיה על בית הדין האזורי להיכנס לעובי הקורה ולבחון את הדברים בצורה מעמיקה. בנוסף נטען כי שגה בית הדין קמא בהסתמכו על עניין **פידלמן**, אף שיש לאבחנו מענייננו-אנו; בכך שהסתמך על הדיון בוועדה לביסוס טענת ההפליה הפסולה במקום לבחון זאת בעצמו; בכך שראה בשינוי בתכניות הביטוח החדשות הודאה של חברות הביטוח בקיומה של הפליה פסולה; ובכך שסבר כי הקושי בשינוי הפוליסות הרלוונטיות נוגע לשאלת הסעד בלבד, בעוד שלמעשה קושי זה יורד לשורשה של עילת התביעה עצמה. המשיבות, מנגד, תומכות יתדותיהן בהחלטה המאשרת וסבורות כי הבירור שערך בית הדין האזורי הולם את השלב הדיוני הנוכחי, כי הוא נסמך בדיון על עניין **פידלמן** והגיע למסקנות נכונות נוכח הדיון בוועדה והשינוי בתכניות הביטוח החדשות.

67. ביחס לעילת התביעה נקבע בהחלטה המאשרת כי "עילת התובענה בעניינ[נ]ו הינה הפלית נשים, וזו מופיעה בסעיפים 8(1) ו-2(1) ו-9(1) לתוספת השניה". נזכיר כי התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות מפרטת סוגי תביעות שניתן להגיש בהם בקשה לאישור תובענה ייצוגית. פרט 8(1) לתוספת זו מציין "תביעה

⁶⁴ עניין עמק זבולון, בסעיף 41 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

בעילה של הפליה בעבודה, לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988"; פרט 8(2) לתוספת השנייה מפרט "תביעה בעילה כאמור לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996" ופרט 9(1) מתייחס ל"תביעה בעילה לפי פרקים ד', ה' או ה' 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות". בית הדין קמא הסביר כי "אמנם הסעיפים הנ"ל מתייחסים להפליה על פי החוקים המפורטים בהם, ואולם סבורים אנו כי בנסיבות העניין ניתן להרחיב את עילת ההפליה גם לטענת הפליה כללית, מה גם שניתן לראות את עילת התביעה בענייננו כנכללת בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה...".

68. אשר לעילת התביעה ולתנאי האפשרות הסבירה לזכייה – בית הדין קמא נסמך הן על המסקנה של ועדת הכנסת, שלפיה "קיימת הפליה מגדרית בפרמיה של מרכיב הריסק בפוליסות ביטוח מנהלים" והן על השינוי שנעשה בתכניות הביטוח החדשות, המהווה "משום הודאה של חברות הביטוח בקיומה של הפליה", וקבע כי "די לנו במסקנתה זו של הוועדה בשלב זה של ההליך כדי לקבוע כי טענות [המשיבות] בעניין זה אינה טענת סרק, וכי יש אפשרות סבירה כי תתקבל". בית הדין האזורי הוסיף כי אין בחישובים אקטואריים וכלכליים כדי להצדיק את ההפליה הפסולה בפוליסות הרלוונטיות ודחה את "הטענה כי מרכיב הריסק נבחן במנותק מן התמונה הכוללת וממכלול הזכויות והחובות של המבוטחים", משזו עלתה בבג"ץ פידלמן ונדחתה. עוד ציין בית הדין קמא בהקשר זה כי סעד של שינוי הפוליסות הרלוונטיות הוא סבוך ומורכב אלא שקושי זה אינו מצדיק את דחיית בקשת האישור, שכן אין להשלים עם הותרת ההפליה המגדרית בפוליסות הרלוונטיות על כנה והקושי האמור "נוגע לסעד המבוקש בלבד" וניתן להתאימו לנסיבות העניין.

69. עיון בהחלטה המאשרת ובחינתה על רקע העקרונות שהותוו בפסיקה באשר לטיב הבירור הנדרש בשלב הדיון בבקשה לאישור, הן ביחס לעילת התביעה והן ביחס לאפשרות הסבירה לזכייה – ובכלל, מעלים כי יש ממש בטענות המערערות. הגם שבבית הדין קמא נערך בירור ראוי וממצה בסוגיות המרכזיות הטעונות הכרעה, בהיבט של הראיות שהוגשו ודיוני ההוכחות שהתקיימו, הרי שבהחלטה המאשרת אין ביטוי ממשי ומספק לבירור זה, לא בניתוח הממצאים, לא בהצגתם ולא בהסקת המסקנות מהם. כך, למשל, קביעת בית הדין האזורי בנוגע לקיומה של עילת תביעה מעוררת קושי, הן בשל מה שיש בה ובעיקר בשל מה שאין בה. בהיבט האחד, כפי שצוין בצדק בהחלטה המאשרת (סעיף 6), "המחוקק העדיף לבחור שורה מוגבלת של נושאים ועילות שבהם בלבד ניתן להגיש תובענה ייצוגית"



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

(הדגשה הוספה – א.א.), ועל כן ספק אם ניתן להרחיב את העילות המפורטות בתוספת השנייה ולקרוא לתוכן מה שאין בהן במפורש, כפי שעשה בית הדין האזורי. ודוקו. סוגי התביעות שבפרטים (1)8, (2)8 ו-(1)9 לתוספת השנייה אמנם עוסקים במקרים שונים של הפליה, אולם דווקא רמת הדיוק שבה נוסחו, כמו גם עובדת היעדרו מהתוספת השנייה של סעיף "סל" כללי העוסק בהפליה, מעלה ספק אם ניתן לאשר תובענה ייצוגית בגין "טענת הפליה כללית". יצוין בהקשר זה כי שאלה דומה שעלתה בעניין קולך נותרה בצריך עיון⁶⁵, מה שמחזק את המסקנה כי לכל הפחות ראוי היה לערוך דיון מעמיק יותר בתיחום הדיון בשאלת העילה. כך, על פני הדברים מוקשה וגם לא ברור איך ניתן, כפי שנעשה בהחלטה המאשרת, להכניס את התובענה דנן, העוסקת בטענה להפליית נשים, לגדר פרט (1)9 לתוספת, שעניינו בהפליית אנשים עם מוגבלות, אף שברור כי המחוקק ייחד לכל אחת מאוכלוסיות אלה הסדר נפרד. גם לא ברור, ולא מוסבר בהחלטה המאשרת, איך ניתן להכניס את עילת ההפליה מושא הליך זה בגדר תביעה בעילה של הפליה בעבודה מכוח חוק השוויון (פרט (1)8), שעה שאיסור ההפליה המעוגן בו חל על מעסיק או מעסיק בפועל, ואילו ההפליה בענייננו נעשית, כך נטען, על ידי חברות ביטוח. גם לא נמצא הסבר בהחלטה המאשרת לאופן שבו נכנסת התובענה לגדר תביעת הפליה מכוח חוק שכר שווה (פרט (2)8), שאף היא עילה המכוונת למעסיק (ראו למשל סעיף 2 לחוק זה המורה כי "עובדת ועובד המועסקים אצל אותו מעסיק באותו מקום עבודה, זכאים לשכר שווה בעד אותה עבודה, עבודה שווה בעיקרה או עבודה שוות ערך; הוראה זו תחול גם לענין כל גמול אחר, שנותן מעסיק לעובד או עבורו בקשר לעבודתו" (הדגשה הוספה – א.א.)).

70. בהיבט האחר, חסר בהחלטה המאשרת דיון בפרט 2 לתוספת השנייה, שעניינו "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", וזאת אף שהמשיבות הפנו אליו⁶⁶. כל שנקבע

⁶⁵ בסעיפים 26-27 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר. וכך נוסחה שם השאלה: "האם ניתן היה להגיש תובענה ייצוגית בגין פרקטיקה של הפליה אשר אינה מוסדרת בהוראות חוק איסור הפליה, ומהי (אם בכלל) העילה המתאימה לביסוסה של תובענה כאמור?". שאלה זו הושארה כאמור בצריך עיון, מש"בענייננו אין מחלוקת שבמישור המשפטי הפיצוי בגין הפליה לפי חוק איסור הפליה יכול להיתבע בהליך של תובענה ייצוגית, גם אם קיימות אפשרויות משפטיות נוספות". עוד נקבע כי "האפשרות לקבל סעדים במישור המנהלי והחוקתי אינה מוציאה בהכרח את האפשרות לקבל סעדים מקבילים במישור התובענות הייצוגיות. יש לזכור כי התובענה הייצוגית יכולה לכלול בקשות למתן סעדים ממספר סוגים גם יחד, ובנוסף כי לעיתים הפעולות במישורים משפטיים נפרדים מופנות מלכתחילה כלפי גורמים שונים. כן יוטעם שלעיתים התובענה הייצוגית מהווה כלי אכיפתי חיוני דווקא כאשר אין די בסנקציות המנהליות" – בסעיף 28 לחוות דעתו.

⁶⁶ נעיר בהקשר זה כי תביעות כדוגמת התובענה של המשיבות באות בגדר סמכותו של בית הדין לעבודה, לאור לשון פרט 2 לתוספת השנייה – "תביעה נגד מבטח... בקשר לענין, לרבות חוזה ביטוח או תקנון קופת גמל, שבינם לבין לקוח, לרבות מבוטח או עמית" – ולאור פסק הדין ברע"א 7513/15 מנורה מבטחים פנסיה וגמל בע"מ נ' פלונית (21.3.2016),



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

בהחלטה המאשרת הוא כי "עילת התובענה בעניינ[נ]ו הינה הפלית נשים", הא ותו לא, תוך הפנייה לפרטים (1)8, (2)8 ו-9(1).

71. ובעיקר, מההחלטה המאשרת נעדר דיון בשאלה המרכזית שעמדה בלב התובענה ובקשת האישור, והיא: האמנם נגועות הפוליסות הרלוונטיות בהפליה פסולה. על פי המבחנים שהציבה הפסיקה, במסגרת זו ובשלב זה, היה על בית הדין קמא לבחון, בין היתר, את טענות חברות הביטוח, שלפיהן הפוליסות הרלוונטיות אינן נגועות בהפליה פסולה שכן ההבחנה בין נשים לגברים ברכיב הגמלה ולא ברכיב הריסק מקורה בטעמים ענייניים. כל זאת תוך התייחסות מספקת לראיות שהוגשו (התצהירים וחוות הדעת מטעם הצדדים) ולחקירות הנגדיות של העדים. היה מקום לערוך דיון בטעמים שהציגו המערערות ליצירת ההבחנה בין המינים ברכיב הגמלה ולהעדרה של הבחנה כזו ברכיב הריסק ולבחון לעומק את טענתן שלפיה הפוליסות הרלוונטיות אושרו על ידי המפקח על הביטוח ועל כן אין מקום לנהל את ההליך כתובענה ייצוגית. כזאת לא נעשה.

72. בקבעו כי הפוליסות הרלוונטיות נגועות בהפליה פסולה, נשען בית הדין קמא, בין היתר, על הדיון בוועדת הכנסת, אלא שהסתמכותו זו מעוררת קושי ומוקשית, משהיה עליו להפעיל את שיקול הדעת בעצמו. בהקשרים אחרים חזר ועמד בית המשפט העליון על החשיבות שבהפעלת שיקול דעת עצמאי על ידי בית המשפט בעניינים המובאים להכרעתו. כך למשל, בהקשר של חוות דעת מומחה שמונה על ידי בית המשפט, כי "על בית המשפט להיזהר מאימוץ מסקנותיו הנורמטיביות של המומחה בלא הפעלת שיקול דעת עצמאי ומלא מצדו"⁶⁷. בהקשר אחר נקבע כי "אין לראות בהמלצתו של שירות המבחן הכרעה שיפוטית. הכרעה זו מסורה אך ורק בידיו של בית המשפט, אשר בסמכותו לשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים... בעשותו כן, על בית המשפט להפעיל שיקול דעת עצמאי, ולהתרשם בעצמו הן מהמפקחים המוצעים הן מתנאיה של חלופת המעצר המוצעת בכללותה"⁶⁸. ובהתייחס להליכים למתן צו הפטר נפסק כי "הכרעתו של בית המשפט היא בעלת אופי ראשוני, ובמסגרתה עמדת הכונס הרשמי היא בעלת אופי מיעץ. על בית המשפט להפעיל שיקול דעת עצמאי, ולהחליט

שבו נפסק כי סמכותו העניינית של בית הדין לעבודה מכוח לסעיף 24(א)(3) לחוק בית הדין ("תובענות של חברים או חליפיהם או של מעסיקים או חליפיהם נגד קופות גמל... או תובענות של קופות הגמל נגד חבריהן או חליפיהם או נגד מעסיקים או חליפיהם הכל אם התובענות נובעות מהחברות בקופות או מחברותם של מעסיקים לקופות, לפי הענין וכן כל תובענה לקצבה הנובעת מיחסי עבודה") – חלה על כלל התביעות של עובדים או מעסיקים וחליפיהם כנגד קופות גמל – בלא תלות באופי המחלוקת ובאופי קופת הגמל.

⁶⁷ ע"א 10094/07 פלונית נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס. בסעיף 6 לפסק הדין (24.11.2010).

⁶⁸ בש"פ 1960/18 דמראני נ' מדינת ישראל, בסעיף 14 להחלטה (30.5.2018).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

בבקשה להפטר תוך התייחסות למכלול רחב של שיקולים, ובתוכם גם לעמדת הכונס הרשמי. לעמדת הכונס יש, מטבע הדברים, משקל רב, אך בית המשפט אינו כבול בעמדה זו⁶⁹. ועוד.

מקל וחומר יפים הדברים בהקשר לדיון שנעשה בוועדת הכנסת, שאין לה מעמד סטטוטורי בהליך שלפנינו, ואשר התכנסה לדיון מטעמים שונים והגיעה בסופו של יום למסקנות כאלה ואחרות, תוך עריכת איזון בין אינטרסים שונים, שלא כולם רלוונטיים בהכרח להליך המשפטי. לא בכדי במכתב ששלחו ההתאחדות ואיגוד חברות הביטוח בישראל לחברות ביטוח בעקבות הדיון בוועדה נכתב כי "ועדת הכנסת מבקשת מכל חברות הביטוח שבכל תעריף חדש לסיכון מוות שיוגש מעתה ואילך לאישור הפיקוח ו/או יפורסם לציבור תעשה אבחנה בין תעריפי נשים לתעריפי גברים... על ההתאחדות להביא לידיעת חברות הביטוח את בקשת הוועדה" (הדגשה הוספה – א.א.). לאמור, המלצת הוועדה היא בבחינת בקשה בלבד, אפילו כלפי חברות הביטוח, היא אינה מחייבת את בית הדין ואינה פוטרת אותו מלבחון את הטעון בחינה בעצמו. בנוסף, קיומה או היעדרה של הפליה פסולה היא שאלה נורמטיבית משפטית וגם מטעם זה אין תחליף להכרעה משפטית על ידי ערכאה שיפוטית.

73. כמו כן, איננו סבורים כי היה מקום לראות את השינוי שנעשה בתכניות הביטוח החדשות כהודאה של המערערות בקיומה של הפליה פסולה בפוליסות הרלוונטיות. השינוי בתכניות הביטוח החדשות, כמו גם אישור המפקח לערוך שינוי זה ומסקנת ועדת הכנסת שביסודו, חל באופן פרוספקטיבי בלבד, ולא מצאנו בהחלטה המאשרת כל הסבר כיצד למד בית הדין קמא – אם בהיקש ואם בכל דרך אחרת – שהשינוי האמור מהווה הודאה של חברות הביטוח בכך שההבחנה בין נשים לגברים ברכיב הריסק שנוספה לתכניות הביטוח החדשות צריכה היתה להיעשות גם בפוליסות הרלוונטיות, ובכך שהעובדה שלא כך נעשה מלמדת כי זוהי הפליה פסולה.

74. גם ההסתמכות על בג"ץ פידלמן מוקשית, וחסרה, בין היתר, את ההבחנה בין הטעמים להפליה שעמדו ביסוד ביטול ההוראות בתקנות מבטחים ובתקנון האחיד שם, ובין הטעמים להפליה בענייננו, שאותם, כאמור, נמנע בית הדין מלבחון לעומקם, אם בכלל. ההוראות המפלגות בעניין פידלמן שיקפו מציאות

⁶⁹ ע"א 6021/06 פיגון נ' כונס הנכסים הרשמי, בסעיף 25 לפסק הדין (9.8.2009).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

סטריאוטיפית כלפי נשים שאין לה מקום⁷⁰, ואילו בענייננו כפי שיפורט בהמשך נשענים הטעמים להבחנה ברכיב הגמלה על תוחלת החיים הארוכה יותר של נשים, שהיא נתון אמפירי ולא ערכי, ועל כן אין לומר כי כרוכה בהבחנה זו השפלה כלשהי, העשויה להוביל למסקנה כי לפנינו הפליה פסולה. גם להעדר ההבחנה ברכיב הריסק ניתנו טעמים שונים, כולם נוגעים לחישובים ביטוחיים אקטואריים ולנתונים אמפיריים ולא לתפיסה סטריאוטיפית כזו או אחרת⁷¹. יוטעם כי אמנם לעתים נתון אמפירי עשוי להוות, כשלעצמו, פרי הפליה, או-אז עשויה להידרש התערבות, למשל בדמות העדפה מתקנת, אולם לא כך נטען בענייננו.

75. בית הדין קמא קבע כי "הפליה היא פסולה גם אם לא עומדת ביסודה כוונה להפלות... חישובים אקטואריים וכלכליים למיניהם אין בהם, לכאורה, ובשלב מקדמי זה של ההליך, כדי להצדיק זאת...". גם קביעה זו מוקשית, משההנחה הגלומה בה היא כי ישנה בפוליסות הפליה פסולה, בניגוד להפליה הנובעת מטעמים ענייניים המהווה הבחנה מותרת, אלא שכאמור שאלת חוקיות וחוקתיות ההפליה, בהינתן טענות המערערות בסוגיה זו, כלל לא נבחנה.

76. מהאמור עד כה עולה כי ההחלטה המאשרת מעוררת קשיים רבים ועלינו להידרש לשאלות השונות המתעוררות. זאת על יסוד החומר שעמד לעיני בית הדין קמא והוגש במסגרת הליך הערעור.

על עקרון השוויון ונטלי ההוכחה בטענה להפליה פסולה

77. רבות נכתב על מעמדו הרם של עקרון השוויון, לרבות שוויון מגדרי, והיותו נשמת אפו של כל משטר דמוקרטי⁷², כמו גם על צדו האחר של המטבע – ההפליה הפסולה. הדברים ידועים ומפורסמים, אך מפאת החשיבות פטור בלא כלום אי

⁷⁰ על השפעת סטריאוטיפים מגדריים על אי השוויון ראו: תמר קריכלי-כץ, "אי-שוויון מגדרי והפליה סטריאוטיפית – מחשבות בעקבות פסק-הדין בעניין מירב נ' אי.די.איי." עיוני משפט מב (להלן – קריכלי-כץ).

⁷¹ עוד על ההבדלים בין הבחנה המבוססת על נתון ביולוגי מוכח ובין הבחנה המשקפת פרקטיקה פסולה, ראו: רונן אברהם, "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו – תגובה על מאמרו של פרופ' דני סטטמן", עיוני משפט מב, עמ' 18-19 למאמר (הכרך טרם הודפס וייתכנו שינויים במספרי העמודים בכרך) (להלן – אברהם). כך, למשל, נכתב שם לעניין הגישה להבנת ההפליה המבוססת על עקרון השוויון האריסטוטלי (שלטענת פרופ' אברהם היא הגישה המועדפת בפסיקה הישראלית (אברהם, עמ' 18): "פעולה המבחינה בין בני אדם על בסיס מין, המהווה 'סיווג חשוד', היא הפליה אסורה, למעט במקרים שבהם יש לה הצדקה משכנעת במיוחד – למשל, כאשר היא מבוססת על הבדלים ביולוגיים מוכחים". עוד ראו שם על גישה נוספת, הרואה הפליה פסולה במדיניות המשקפת "סטריאוטיפים מגדריים היסטוריים בעייתיים" (בעמ' 20 למאמר). כן ראו ת"צ (מחוזי מר') 8214-05-14 מירב נ' אי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ (החלטה המאשרת את ניהול התובענה כייצוגית – 30.8.2016; פסק דין מיום 23.8.2018 (להלן – עניין מירב)). בעניין מירב פסק בית המשפט המחוזי מחוז מרכז כי פוליסת ביטוח המעניקה לנהגות שירות החלפת לגלגל ללא תשלום, בעוד שנהגים משלמים עבור שירות זה, מהווה הפליה כלפי הנהגות (בין היתר), מאחר שהפוליסה מנציחה דימויים מגדריים המזיקים לנשים. כן ראו בהקשר זה רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (16.11.2011), בעניין הפליה מגדריה בגיל הכניסה למועדון לילה (להלן – עניין פרוז'אנסקי).

⁷² ראו, למשל, הנפסק אך לאחרונה: ע"ע (ארצי) ע"ע 1809-05-17 מדינת ישראל – אלאשוילי, בסעיף 35 לפסק הדין וההפניות שם (15.8.2019) וכן רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, בסעיפים 12-13 לפסק דינו של השופט מ' מזוז וההפניות שם (19.8.2019).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

אפשי, ועל כן נביא עיקרים מדברי השופט מ' מזוז בעניין מי-טל, שניתן אך לאחרונה⁷³:

"הזכות לשוויון הוכרה בישראל כזכות יסוד רבת חשיבות החל מימיה הראשונים של המדינה. זכות זו קיבלה ביטוי ברור והחלטי כבר במגילת העצמאות, מסמך היסוד של מדינת ישראל, בה נקבע כי מדינת ישראל 'תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין'..."

השוויון הוא אפוא ערך יסודי עליון בכל תפיסה דמוקרטית המכבדת זכויות אדם, ובלעדיו חברה לא תיחשב כחברה דמוקרטית ומדינה לא תוכל להיקרא כמדינה דמוקרטית..."

... הפליה היא היפוכו של השוויון... פגיעתה של הפליה באושיות החברה היא קשה. הפליה היא 'רעה החודרת לבסיס המשטר הדמוקרטי, מחלחלת ומקעקעת את יסודותיו, עד שלבסוף היא מביאה להתמוטטותו ולחורבנו.' (...)

... על המדינה ואורגניה, כמו גם על כל רשות ציבורית, חלה אפוא חובה כללית לנהוג בשוויון ולהימנע מהפליה..."

הזכות לשוויון והאיסור לנהוג בהפליה קיבלו ביטוי לא רק בפסיקה רבה וענפה של בית משפט זה אלא גם בחקיקה נרחבת של הכנסת, אשר הטילה חובה להימנע מהפליה, בתחומים שונים, גם על מי שאינו בגדר רשות ציבורית..."

נסכם ונציין, לענייננו, כי "לא כל אבחנה בין אדם לאדם או בין הסדר להסדר מהווה הפליה; לעיתים, האבחנה ביניהם מוצדקת לאור השוני ביניהם. עקרון השוויון מבוסס על תפיסת הרלבנטיות, במובן זה שאין לאבחן בין אנשים או עניינים מטעמים לא ענייניים; בה בעת, ניתן לאבחן בין אדם לאדם או בין ענין לענין מטעמים רלבנטיים..."⁷⁴.

78. אף שמעמדו המרכזי של עקרון השוויון אינו נתון במחלוקת, הרי שהניסיון לקבוע אם פעולה מסוימת מהווה הפליה אסורה אם לאו אינו פשוט⁷⁵. נבקש להפנות בהקשר זה בין היתר לפסק הדין בבג"ץ חקנזרי⁷⁶, אף שאינו עוסק במישור התובענות הייצוגיות. באותו עניין נתקפו פוליסות ביטוח של קרנות הפנסיה החדשות שנעשתה בהן, עד למועד שבו בוטלה על ידי הממונה על שוק ההון,

⁷³ רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, סעיפים 12-13 לעמדת השופט מזוז (19.8.2019).
⁷⁴ ע"א 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה, בסעיף 77 לפסק הדין (2.9.2010); בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002).

⁷⁵ ראו למשל, אך לאחרונה, מאמרו של דני סטטמן, "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו – בזכות פרשנות מצמצמת של המושג הפליה", עיוני משפט מב 1 (ייתכנו שינויים במספרי העמודים לכשיתפרסם הכרך המודפס) (להלן – סטטמן). הדברים של פרופ' סטטמן נכתבו בעקבות עניין מירב (ה"ש 71 לעיל). עוד על מורכבותו של מושג ההפליה ועל הגישות השונות של מלומדים להבנתו ראו במאמרי התגובה למאמרו של פרופ' סטטמן, אף הם צפויים להתפרסם בעיוני משפט מב: אברהם (ה"ש 71 לעיל) וקריכלי-כץ (ה"ש 70 לעיל). כן ראו באותו כתב-עת מאמר התשובה של פרופ' סטטמן: "הפליה, סטריאוטיפים והמשימה של יצירת חברה צודקת יותר – תשובה לפרופ' רונן אברהם ולד"ר תמר קריכלי-כץ".

⁷⁶ הערת שוליים 43 לעיל.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

הבחנה בין נשים לגברים ביחס לגיל פרישה, וזאת לשם הגדרת הזכויות לקצבת נכות במקרה של אובדן כושר עבודה. העתירה נדחתה, תוך שנקבע כי "לגופה של השאלה האם יש להתיר הבחנה מגדרית בעניין זה ניתן להעלות טיעונים לכאן ולכאן"⁷⁷ והשאלה הושארה בצריך עיון. להשלמת התמונה נציין כי העתירה נדחתה משנקבע, לגבי שתי קבוצות של עמיתות, כי ההבחנה המגדרית בוטלה בהתאם להנחיות המאסדר, ולגבי הקבוצה השלישית של העמיתות, שמקרה הביטוח בעניינן אירע לפני ביטול ההבחנה המגדרית, נקבע כי מדובר במעשה עשוי שאין אפשרות לתקנו. מכל מקום ולענייננו, ומבלי להידרש בשלב זה לטענות הצדדים ביחס אליה, פסיקה זו מלמדת על המורכבות בקביעה כי פעולה מסוימת מהווה הפליה פסולה אם לאו.

בהקשר של תובענות ייצוגיות עשוי קושי זה להוביל לקביעה כי לא הוכחו ברמה הנדרשת קיומה של עילת תביעה ותנאי האפשרות הסבירה לזכייה.⁷⁹ מכל מקום, כשעולה טענת הפליה פסולה והטוען הוכיח את עצם קיומה של הבחנה, עובר הנטל לכתפי הצד שכנגד להוכיח את הטעמים שעמדו ביסוד ההפליה.⁷⁸ כדברי השופטת ד' דורנר בעניין מילר⁷⁹:

"כפועל יוצא מההבחנה בין ההתייחסות המפלה לבין הצדקתה, מתבקשת גם הבחנה בדבר נטל ההוכחה, בין האשה הטוענת להפליה לבין הרשות השלטונית. על הטוענת להפליה להוכיח את ההתייחסות השונה של הרשות אליה מחמת מינה (או השתייכות קבוצתית אחרת). מנגד, נטל ההוכחה כי ההתייחסות המפלה היא מוצדקת, הוא על הרשות".

80. בענייננו, בקשת האישור נסמכה על נתונים עובדתיים שלמעשה אין עליהם מחלוקת: א. תוחלת החיים של נשים גבוהה מזו של גברים, בכל הגילאים; ב. בפוליסות הרלוונטיות ישנה הבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה; ג. בפוליסות הרלוונטיות אין הבחנה בין גברים לנשים ברכיב הריסק. בנסיבות הללו נהיה מוכנים להניח שהנטל על חברות הביטוח להראות כי ההבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה אינה מהווה הפליה פסולה, ואם ירימו נטל זה, יהא עליהן להראות שאף העדר ההבחנה בין המינים ברכיב הריסק – אין יסודו בהפליה פסולה כי אם בהבחנה מותרת. האמנם עלה בידי חברות הביטוח להרים נטלים אלה? לשאלות אלה נפנה עתה.

⁷⁷ בסעיף 9 לפסק הדין.

⁷⁸ ראו גם אברהם, עמ' 18.

⁷⁹ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 135-136 (1995).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

81. לשם כך יש לעמוד בדקדקנות על טענתן המרכזית של המשיבות לקיומה של הפליה פסולה. והנה, על המורכבות הקיימת ממילא הן בהבנת מושג ההפליה והן בניסיון לקבוע אם פעולה או מדיניות מסוימת מהווה הפליה פסולה אם לאו, יש להוסיף בענייננו את ההתפתחות המסוימת שעברה טענת המשיבות עם התקדמות ההליך. כך, בעוד שעם הגשת התובענה ובקשת האישור התמקדה הטענה ברכיב הגמלה והסעד העיקרי שהתבקש היה ביטול ההבחנה בין גברים לנשים ברכיב זה, הרי שבהמשך עבר עיקר המשקל לרכיב הריסק, תוך התמקדות בסעד החלופי שהתבקש – יצירת הבחנה בין גברים לנשים באותו רכיב. נראה, אפוא, כי טענתן המרכזית של המשיבות התגבשה בסופו של יום לזו: עקרון השוויון מחייב מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. בין נשים לגברים קיים שוני בתוחלת החיים בכל הגילאים. שוני זה מחייב מתן יחס שונה. בפוליסות הרלוונטיות היה על חברות הביטוח ליתן ביטוי לשוני בין המינים בתוחלת החיים הן ברכיב הגמלה והן ברכיב הריסק. ההבחנה בין המינים הקיימת ברכיב הגמלה מחייבת יצירת אותה הבחנה גם ברכיב הריסק והעדרה מהווה הפליה פסולה. המשיבות רואות בשינוי שנעשה בתכניות הביטוח החדשות – שבהן נוצרה הבחנה בין נשים לגברים ברכיב הריסק, להבדיל מביטול ההבחנה ברכיב הגמלה – תיקון של ההפליה הפסולה. זהו לזו טענתן של המשיבות שעמד לפנינו בהליך הערעור ובו התמקדו עיקר טענות הצדדים. יחד עם זאת, המשיבות לא ויתרו על הטענות והסעד הנוגעים לביטול ההבחנה ברכיב הגמלה⁸⁰, ולכן נידרש גם לאלה.

82. כפי שהקדמנו לציין לעיל, עיון בחומר הרב המצוי בתיק מוביל לדידנו למסקנה כי עלה בידי המערערות להרים את הנטל להוכיח, לכאורה, כי הפוליסות הרלוונטיות אינן נגועות בהפליה פסולה. המערערות הצליחו להוכיח, על פני הדברים, קיומם של טעמים ענייניים ליצירת ההבחנה ברכיב הגמלה ולהימנעות מיצירתה ברכיב הריסק, ובכך שמטו את הקרקע מתחת לסיכויי קבלתה של טענת המשיבות להפליה פסולה ומכאן גם מתחת לבקשת האישור כולה, בהעדר לכאורה של עילת תביעה ובהעדר סיכוי סביר כי התובענה תוכרע לטובת חברות הקבוצה. ונפרט.

הבחנה בין המינים ברכיב הגמלה - הפליה פסולה?

83. נזכיר כי המערערות טוענות שהחשש מפני אנטי סלקציה וכשל שוק, אילו היו נקבעים מקדמי גמלה זהים לגברים ונשים ברכיב הגמלה, הצדיק חריגה מעקרון התעריף האחיד ויצירת הבחנה בין המינים ברכיב זה. המערערות הסבירו כי

⁸⁰ ראו למשל סעיף 26 לסיכומי המשיבות בערעור – "או שיושוו מקדמי הגמלה או שיופחתו תעריפי הריסק לנשים".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

תוחלת החיים של גברים נמוכה משל נשים ואילו היו נקבעים מקדמי גמלה זהים, היו המבוטחים-הגברים מעדיפים, כבחירה כלכלית רציונלית, למשוך את הכסף במשיכה הונית חד פעמית וחברות הביטוח היו נשארות עם ציבור מבוטחות-נשים שיעדיפו קצבה חודשית והיה קם חשש ממשי לכשל שוק העלול לסכן את יציבותן של חברות הביטוח. טענות המערערות לעניין זה נתמכו בתצהירי המצהירים ובחוות דעת המומחים מטעמן.

84. לא מצאנו כי עלה בידי המשיבות לקעקע את טענותיהן של המערערות. נהפוך הוא. ראשית נזכיר כי חוות הדעת של המומחה מטעם המשיבות הוגשה לראשונה בתגובה לתשובות המערערות לבקשת האישור. משכך, ניתן היה לצפות כי תימצא בה התייחסות לשלל הטענות שהעלו המערערות בתצהיריהן ובחוות הדעת מטעמן. אלא שחוות הדעת של מר לוי נעדרת התייחסות, לא כל שכן התייחסות משמעותית, לרוב רובן של הטענות שהעלו המערערות. חוות הדעת של מר לוי כוללת התייחסות אך ורק לשתי טענות שהעלו המערערות. כך, כ-3 עמודים בחוות הדעת (מתוך כ-4.5 עמודים סה"כ שבאחד מהם רשומים פרטי זהותו, השכלתו וניסיונו המקצועי של מר לוי⁸¹) מתייחסים ל"תיאוריית הרציונליות" שעליה נשענות המערערות על מנת להסביר את ההבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה. על פני כרבע עמוד נוסף יש התייחסות לטענת המערערות שלפיה ברכיב אכ"ע אין הבחנה בין נשים לגברים והדבר פועל לטובת הנשים. הא ותו לא. למעשה, בחקירתו הנגדית אישר מר לוי כי נתן "**חוות דעת לקונית**" והתייחס "**לנקודה וחצי**" בלבד, בעוד שחוות הדעת של מומחי המערערות הן "**מפורטות, 25 עמודים**" ו"**מתייחסות למכלול שלם**"⁸². מחקירתו של מר לוי גם עולה סימן שאלה באשר להיקף מומחיותו וניסיונו המקצועי – מעולם לא עבד כאקטואר⁸³, אין לו ניסיון עם מבטחים⁸⁴ ולא התעסק מעולם בתהליך שבין המבטחים לפיקוח על הביטוח⁸⁵.

⁸¹ מר לוי, כך נכתב בחוות דעתו, משמש – משנת 1986 כעצמאי ומשנת 1999 כשותף בחברת "רול ייעוץ פנסיוני בע"מ – כיועץ "לאירגונים ופרטיים" (ללא פירוט) בנושאי ביטוח פנסיוני וביטוח חיים. ואלה פרטי השכלתו: לימודי תעודה באקטואריה באוני' חיפה, תואר ראשון בכלכלה מאוני' תל אביב, "קורסים מקצועיים שונים בנושא ביטוח חיים וביטוח פנסיוני" במכללה לביטוח ובחברות ביטוח. בעל רישיון לייעוץ פנסיוני.

⁸² עמ' 27 לפרוטוקול הדיון בבית הדין האזורי, שורות 15-20.

⁸³ שם, שורה 2.

⁸⁴ שם, בשורה 4.

⁸⁵ שם, שורות 8-9.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

– ודאי ביחס להיקף המומחיות והניסיון המקצועי של מומחי המערערות (וזאת מבלי לגרוע ממקצועיותם של יתר מצהירי המערערות) – מר שביט⁸⁶ ומר אליגון⁸⁷. שנית, מר לוי, מומחה המשיבות, אישר בחקירתו הנגדית טענות רבות שהעלו המערערות, המהוות אבני היסוד של עמדתן ואשר עליהן נשענת הטענה המרכזית שלפיה ההבחנה בין נשים לגברים ברכיב הגמלה נעשתה משיקולים ענייניים-מקצועיים-אקטואריים. מדובר הן בטענות הנוגעות לעקרונות ביטוחיים כלליים והן בטענות ספציפיות הנוגעות להבחנה ברכיב הגמלה. כך, בין השאר, מר לוי אישר כי אין סימטריה בין מבטח למבוטח⁸⁸ (טענה זו אושרה גם בחקירתה הנגדית של המשיבה 3 ז"ל⁸⁹); מבחינת המבטח יש חוסר ודאות משמעותי⁹⁰; המבטח צריך לדאוג לאיזון אקטוארי⁹¹; בבניית תכנית ביטוח על המבטח לקחת בחשבון מספר שיקולים⁹²; הנחת היסוד בקביעת התעריף היא עקרון המספרים הגדולים⁹³; הכלל הוא תעריף אחיד והחריג הוא יצירת הבחנה⁹⁴, על פי תנאים מסוימים⁹⁵; יש הבדל בין יצירת אבחנות שביסודן גורמים שאינם בשליטת המבוטח (למשל מינו של המבוטח) ובין יצירת אבחנות שביסודן גורמים שבשליטתו (למשל אם המבוטח מעשן או לא), והסיבה שבעטיה ככלל אין אבחנות על יסוד גורמים מהסוג הראשון, אף שיש שוני סטטיסטי לעניין תוחלת החיים, היא משום שזה ייצור התנגדות ציבורית⁹⁶; עד שנת 2000 יכולים היו מבוטחים לבחור בין משיכה של כספי החיסכון באופן הוני או קצבתי, וגברים ונשים עם נתונים זהים שבחרו במשיכה הונית קיבלו סכום זהה⁹⁷; ההבחנה בין נשים לגברים לעניין תוחלת החיים משמעותית יותר בגילאים המבוגרים⁹⁸.

נשוב ונדגיש בהקשר זה כי ההבחנה בין הנשים לגברים ברכיב הגמלה מבוססת על ההבדלים בין המינים לעניין תוחלת החיים, שלגופם אינם שנויים במחלוקת,

⁸⁶ מר שביט, כך על פי האמור בתצהירו, עסק בענייני ביטוח ופנסיה מעל 25 שנה (במועד חתימת התצהיר, בחודש יולי 2011), כיהן כממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר וכמפקח על הביטוח בשנים 1992 – 1995.

⁸⁷ מר אליגון, כך רשום בתצהירו, הוא מומחה בתחום האקטואריה, המייעץ בנושאי ביטוח ואקטואריה ללקוחות שונים, לרבות מוסדות ממשלתיים ושימש כאקטואר הראשי במשרד האוצר בשנים 1988 – 1993.

⁸⁸ עמ' 27 לפרוטוקול הדיון בבית הדין האזורי, שורות 21-23 וכן עמ' 44, שורות 9-11.

⁸⁹ עמ' 23 לפרוטוקול, שורות 9-13.

⁹⁰ עמ' 28 לפרוטוקול, שורות 15-17.

⁹¹ שם, שורות 18-19.

⁹² שם, שורות 20-21.

⁹³ שם, שורות 22-27 וכן עמ' 40, שורות 19-21.

⁹⁴ עמ' 29 לפרוטוקול, שורות 14-16 וכן עמ' 40, שורות 19-21.

⁹⁵ שם, שורות 17-19.

⁹⁶ עמ' 29 לפרוטוקול, שורה 23 – עמ' 30 לפרוטוקול מיום 9.1.19, שורה 23.

⁹⁷ עמ' 37 לפרוטוקול, שורות 16-21 וכן עמ' 41, שורות 6-8.

⁹⁸ עמ' 39 לפרוטוקול, שורות 4-6.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

ושהם – וזה העיקר – נתונים אמפיריים-מחקריים שאינם מבוססים על תפיסות סטריאוטיפיות מגדריות שהנכחתן עשויה להגביר את אי השוויון המגדרי בחברה. בהינתן טיבה זה של ההבחנה, אין כל מקום להשוות את ענייננו לפסקי הדין בעניין פידלמן, כפי שכבר קבענו לעיל, או לפסקי דין אחרים כגון עניין מירב ועניין פרוז'אנסקי, שעניינם הפליה פסולה שמקורה בסטריאוטיפים מגדריים המעמיקים את אי השוויון בחברה.

זה המקום להזכיר כי דברי חקיקה שונים, למשל אלה העוסקים בהיוון, קובעים הוראות שונות לגברים ולנשים, בשים לב לשוני בתוחלת החיים. כך, למשל, סעיף 15א לתקנות גמלאות לנושאי משרה ברשויות השלטון (סדרי בקשות, ביצוע והיוון), התש"ל-1969 קובע כי –

"סכום ההיוון של חלק מקצבתו של מהוון יהא –
(1) לגבי גבר – א x המקדם שבלוח 1 בתוספת;
(2) לגבי אשה - א x המקדם שבלוח 2 בתוספת."

בלוחות שבתוספת האמורה קבועים מקדמים שונים לגברים ולנשים עבור אותן גיל.

הוראות דומות במהותן קבועות גם בתקנות הביטוח הלאומי (היוון), תשל"ח-1978 (תקנות 4 ו-5 לעניין גבר ואישה בהתאמה, ותקנות 6 ו-7 לעניין אלמנה ואלמן בהתאמה); תקנות שירות המדינה (גמלאות) (היוון קצבאות ותביעות נגד צד שלישי), תשנ"ט-1998 (תקנות 12, 13, 22 ו-23 (בין היתר)).

אף בהוראות החוק האמורות, שרשויות רבות פועלות על פיהן מדי יום ביומו, יש כדי לחזק את המסקנה שלפיה ההבחנה בין נשים לגברים המבוססת על הפער בתוחלת החיים נחשבת כהבחנה מטעמים ענייניים ואין להתערב בה.

85. אשר ל"תיאוריית הרציונליות" – רוב רובה של חוות הדעת של מר לוי מנסה לשמוט את הקרקע מתחת ל"תיאוריית הרציונליות" שבבסיס עמדת המערערות⁹⁹. לדידו של מר לוי, בין היתר, מחקרים מוכיחים שהחלטות כלכליות של פרטים אינן רציונליות ותוחלת תגמולי הביטוח היא "וקטור אחד בלבד במארג של שיקולים בהם מתחשב המבוטח", שאינם סטטיסטיים גרידא; אין בסיס לטענת המערערות שלפיה מבוטח-גבר רציונלי היה מעדיף, אילו היו מקדמי הגמלה זהים, למשוך את כספי החיסכון במשיכה הונית; אילו היתה טענת הרציונליות נכונה, לא היה קיום לענף הביטוח כלל.

⁹⁹ כך העיד מר לוי עצמו. ראו עמ' 38 לפרוטוקול, שורות 5-7.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

עם זאת, בחקירתו הנגדית אישר מר לוי בפה מלא כי חברות הביטוח צריכות לפעול על בסיס הנחת הרציונליות¹⁰⁰ ולמעשה נראה כי המחלוקת בין הצדדים בעניין זה היא בשאלה **איזו היא הפעולה הרציונלית** שהיה מבצע מבוטח-גבר רציונלי אילו היו מקדמי הגמלה זהים לגברים ונשים – משיכת כספי החיסכון באופן הוני או כגמלה. כלומר, האם יש בסיס לטענת המערערות שלפיה מבוטח-גבר רציונלי היה מעדיף, אילו היו מקדמי הגמלה זהים, למשוך את כספי החיסכון במשיכה הונית.

86. במחלוקת שבין הצדדים הגענו למסקנה כי הסיכוי לקבל את עמדת המשיבות קטן מהסיכוי לקבל את עמדת המערערות, זאת גם מבלי להידרש למשקל חוות דעתם של המומחים של כל צד, משמאנו כי בנסיבות העניין יש ליתן משקל מיוחד לעמדת המאסדר – המפקח, ולאופן שבו הוא רואה את הדברים¹⁰¹, בשים לב למורכבות הסוגיה שלפנינו ולריבוי קדקודיה, המכתיבים התערבות מצומצמת ביותר, ובהינתן מומחיותו של המפקח בסוגיה. כמובא לעיל, המפקח תומך בעמדת המערערות וכפי שיובא בהמשך הדברים יש לכך משמעות מיוחדת. כמפורט בעמדת המדינה, ברכיב הגמלה, במיוחד בפוליסות הרלוונטיות (בשל האפשרות שניתנה למבוטחים למשוך את כספי הפוליסה במשיכה הונית), מתקיימת בעיית האנטי סלקציה ביתר שאת, ולשם מניעתה **"נדרשים כלים שיבחינו בין אוכלוסיות אשר להן צפי שונה לאריכות חיים"**¹⁰². בנסיבות אלה, אם ייקבעו מקדמי גמלה זהים לגברים ולנשים, ובהינתן האפשרות, כפי המצב בפוליסות הרלוונטיות, לבחור בין משיכת הכספים כקצבה או כהון, **"יעדיפו הגברים לבצע משיכה הונית בעוד שהנשים יעדיפו לבצע משיכה קצבתית. במצב דברים זה, תעדיף החברה כי מלכתחילה מקדמי הקצבה ייקבעו בהתאם תוחלת החיים של נשים ולא כממוצע בין גברים לנשים, שכן אחרת לא ייוותר די כסף בקופה כדי לסבסד את הנשים שנותרו במשיכה קצבתית"**¹⁰³. כלומר, המדינה רואה את תיאוריית הרציונליות והנובע ממנה עין בעין עם המערערות ולא מצאנו בטענות המשיבות כל טעם ממשי שלא לקבל את עמדתה.

¹⁰⁰ שם, שורות 24-26 וכן עמ' 44, שורות 12-17.

¹⁰¹ על עמדת הבכורה שיש לתת לפרשנות המפקח על הביטוח להנחיותיו ראו: רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (31.5.2018) (להלן – עניין זליגמן) (התקבלה בקשה לקיום דיון נוסף בעניין זליגמן, בהרכב מורחב של שבעה שופטים – דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (2.7.2019)). לעניין הגישות השונות באשר למשקל שיש ליתן לפרשנותה של רשות מינהלית את החקיקה המסמיכה אותה לפעול ראו: בג"ץ 2857/18 התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל, בסעיף 27 לעמדת השופטת י' וילנר (18.6.2019). יצוין כי פסק הדין ניתן בדעת רוב, כנגד דעתו החולקת של השופט י' עמית. לעמדת השופטת וילנר הצטרף השופט א' שטיין. עוד יצוין כי פסק הדין ניתן לאחר מתן פסק הדין בעניין זליגמן, ולפני שהוחלט לקיים בו דיון נוסף.

¹⁰² סעיף 44 לעמדה.

¹⁰³ סעיף 46 לעמדה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

87. טוענות המשיבות כי לחשש מפני אנטי סלקציה אין יסוד, שכן אחוז המבוטחים בפוליסות ביטוח מנהלים שבחרו בקבלת קצבה ולא במשיכה הונית (בתקופה שבה היה הדבר עדיין אפשרי) הוא 6% בלבד (חוזר המפקח מיום 30.4.02; נספח ד' לתצהירי מר בסון ומר פרבשטיין). טענה זו יש קושי לקבל: ראשית, גם אם מבוטחים פועלים שלא באופן רציונלי (או שמא ליתר דיוק – שלא באופן המצופה מהם בראייה הכלכלית), אין משמעות הדבר כי חברות הביטוח פטורות מלקבוע את חישוביהן על יסוד דפוסי פעולה רציונליים. אנו סבורים כי יהיה זה בלתי סביר לזקוף לחובת חברות הביטוח את פעולתן על פי עקרון הרציונליות. כפי שאמנם היטיב לנסח מומחה המערערות מר שביט: **"אבוי לחברה שאני הייתי תופס אותה שמנצלת חשיבה לא רציונאלית או חוסר הבנה או חוסר ידע מקצועי של מבוטח"**. אין כל דרך מעשית סבירה לנהל מערכת כלשהי, ודאי מערכת גדולה כחברת ביטוח, על סמך ניסיון לנחש איך היה פועל כל מבוטח במצב נתון, תוך התייחסות למכלול השיקולים הלא-רציונליים הכרוכים בקבלת ההחלטה. שנית, העובדה כי המבוטחים פועלים עד לנקודת זמן מסוימת בדפוס מסוים לא מבטיחה כי דפוס זה לא ישתנה בעתיד, ומשכך חברות הביטוח צריכות להיערך לאפשרות שכזו.

החשוב מכל לעניין זה הוא כי אף אם סבורות המשיבות כי הפעולה הרציונלית, במצב שבו מקדמי הגמלה זהים, אינה הפעולה הרציונלית שהמערערות טוענות לה, אין בכך כדי לקעקע את טענת המערערות שלפיה ההבחנה במקדמי הגמלה נעשתה משיקולים ענייניים (הפער המשמעותי בתוחלת החיים שגוזר פער משמעותי בשנות תשלום הגמלה). ואף אילו היה מתברר כי אמנם הפעולה הרציונלית בעיני המערערות אינה זו שננקטה בפועל על ידי המבוטחים, גם בכך לא היה כדי ללמד, בהכרח, כי התנהלותן נגועה בשיקולים זרים. נזכיר כי אף בדיון בוועדת הכנסת לא עלתה טענה נגד ההבחנה בין המינים ברכיב הגמלה, ובמסגרת אותו דיון התמקדו טענות המשיבות בצורך לנהוג באופן אחיד בכל הנוגע לרכיב הריסק ורכיב הגמלה, ולא עלתה הטענה כי בהבחנה, לכשעצמה, ברכיב הגמלה בין נשים לבין גברים נוכח תוחלת החיים גלומה הפליה פסולה.

88. לסיכום האמור עד כה, הפערים המשמעותיים בטיב חוות הדעת והיקפן, אישור מומחה המשיבות לטענות רבות של המערערות כפי שפורט לעיל ומתן משקל מיוחד לעמדת המפקח, המצדדת בעמדת המערערות, ביחס לתאוריית הרציונליות – כל אלה מובילים אותנו למסקנה כי לא עלה בידי המשיבות להוכיח



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

כי התנהלות המערערות, בכל הנוגע לרכיב הגמלה בפוליסות הרלוונטיות, היתה נגועה בהפליה פסולה.

נדגיש כי העובדה שיש שונות בין המינים בשיעור הגמלה החודשית לא מלמדת בהכרח כי קיימת הפליה פסולה. לכאורה יכול הטוען לטעון כי בהינתן כי סכום החיסכון זהה (שכן אין הבדל בין המינים לעניין זה), אזי חלוקת סכום חיסכון זה לפי תוחלת החיים הצפויה (שהיא זו שמביאה לשיעור גמלה שונה) היא הגשמת עקרון השוויון דווקא, במובן של יחס שונה לשונים. מנגד, אכן לא מן הנמנע כי ניתן לטעון שגם אם ההבחנה בתוחלת החיים היא תוצאה של מה שנחזה להיות נתון ביולוגי אובייקטיבי, הרי שאותו פער בתוחלת החיים הוא לא יותר מאשר פרי השפעות סביבתיות, ולכן – כך ניתן לטעון – המשך ההבחנה ברכיב הגמלה מנציח את הפער שבין המינים ומונע את הגשמת השוויון. גם אם כך הוא, אזי עסקינן בסוגיה מורכבת, רב-קודקודית¹⁰⁴ ובעלת השלכות נרחבות המעוררת שאלות נכבדות, בין היתר, של הצורך בביטול כל הבחנה על יסוד מין – שאלות שמעצם טיבן צריכות להיות מוסדרות בחקיקה ראשית.

89. בהינתן המסקנה דלעיל, נפנה לבחינת התנהלות המערערות ברכיב הריסק.

העדר הבחנה בין המינים ברכיב הריסק - הפליה פסולה?

90. לטענת המערערות, החשש מפני אנטי סלקציה וכשל שוק לא קם בכל הנוגע לרכיב הריסק, וזאת ממספר טעמים. ראשית, ההבדל בתוחלת החיים בין גברים לנשים אינו כה משמעותי בגילאים הרלוונטיים לרכיב הריסק, אך משמעותי בגילאים הרלוונטיים לרכיב הגמלה. שנית, רכיב הגמלה מהווה החלק הארי של הפוליסות הרלוונטיות, בעוד שרכיב הריסק בהן זניח¹⁰⁵. שלישית, הפרמיה בגין הריסק היא שולית ביחס לפרמיה ביתר הרכיבים. לעמדת המערערות, לאור כל אלה לא קם חשש לאנטי סלקציה ברכיב הריסק ועל כן ברכיב זה דבקו המערערות בכלל התעריף האחיד.

91. כמו בטענות הנוגעות לרכיב הגמלה, גם טענות אלה של המערערות נתמכו בתצהירי המצהירים, בחוות דעת המומחים ובעמדת המדינה וגם כאן לא מצאנו כי עלה בידי המשיבות לקעקע טענות אלה. כך, מעבר להבדלים המשמעותיים בטיב חוות הדעת והיקפן ומומחיות הצדדים כמפורט לעיל, הטענה להבדלים לא מובהקים בין המינים בתוחלת החיים בגילאים הרלוונטיים לרכיב הריסק אושרה

¹⁰⁴ ראו סעיף 95 להלן.

¹⁰⁵ סעיף 38 לחוות הדעת של המומחה מר אליגון: "היחס בין מרכיב הריסק לבין מרכיב הגמלה הוא בין 1 ל-15 לבין 1 ל-20".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

על ידי מומחה המשיבות מר לוי¹⁰⁶ ונתמכה בעמדת המדינה¹⁰⁷, כך: "אכן ההבדלים בין נשים לגברים ביחס לסיכון התארכות החיים בגיל הפרישה מובהקים יותר מההבדלים בין נשים לגברים ביחס לסיכון התקצרות החיים בתקופת העבודה". גם הטענה שלפיה רכיב הריסק בפוליסות הרלוונטיות הוא זניח לא נסתרה על ידי המשיבות ואף אושרה בחקירתו הנגדית של המומחה מטעמן, מר לוי¹⁰⁸.

בנוסף, מבחינה מהותית, טענת המשיבות היא כי עריכת הבחנה ברכיב מסוים בפוליסה מחייבת הבחנה ברכיב אחר בה. אלא שלא מצאנו כל הסבר משכנע לכך ובנוסף, אילו היתה מתקבלת טענה זו היה בכך כדי לשמוט את הקרקע מתחת לתובענה ולבקשת האישור, מאחר שעל יסוד הגיונה היא היתה מחייבת יצירת הבחנה גם ברכיב האכ"ע ושם הדבר היה פועל לרעת נשים מבוטחות, משתוחלת התביעות שלהן ברכיב זה גבוהה משל גברים¹⁰⁹. לאור המשקל של כל אחד מהרכיבים הללו בפוליסות הרלוונטיות, קבלת טענה זו של המשיבות היתה מובילה, בשקלול הרכיבים, להרעת התנאים של מבוטחות-נשים, בשל ייקור כל תעריפי הפוליסה¹¹⁰. במצב דברים זה ודאי לא ניתן לומר כי יש סיכוי סביר שהתובענה תוכרע לטובת חברות הקבוצה. כמו כן מקובל עלינו האמור בעמדת מדינה, שלפיה קבלת טענה זו של המשיבות, "תפגע בכלל הנשען על עקרון המיצוע ועלולה לחייב הבחנות גם מקום שהן אינן נדרשות, ולפיכך עלולה ליצור עיוותים בשוק הביטוח..."¹¹¹. בהקשר זה נזכיר כי מר לוי אישר בחקירתו הנגדית שרכיב אכ"ע רווח בביטוח מנהלים¹¹², שבפוליסות הרלוונטיות המסוימות של המשיבות יש רכיב אכ"ע¹¹³ ושכאשר רכיב אכ"ע נמצא בפוליסת ביטוח מנהלים, הוא מתמזג עם כלל הנתונים¹¹⁴.

92. נקודה חשובה נוספת, הנזכרת בעמדת המדינה ולא נסתרה על ידי המשיבות היא כי עד לשנת 1990 כלל לא היו קיימים, בעולם, לוחות תמותה המבחינים בין גברים

¹⁰⁶ עמ' 39 לפרוטוקול, שורות 4-6.

¹⁰⁷ בסעיף 29 לעמדה.

¹⁰⁸ עמ' 31 לפרוטוקול, שורות 20-22, שם מאשר מר לוי כי חלק רכיב הריסק בפוליסת ביטוח מנהלים עומד על 3% עד 4%, ועמ' 32 שורות 2-3 לפרוטוקול, שם מתייחס ל-6%.

¹⁰⁹ סעיף 29 לחוות הדעת של המומחה מר אליגון ונספח א' לחוות הדעת, שלפיהם תוחלת התביעה של נשים בביטוח אכ"ע גבוה ב-50%. כן ראו סעיפים 50-55 לעמדת המדינה.

¹¹⁰ ראו לעניין זה האמור בסעיף 38 לחוות דעתנו של המומחה מר אליגון, שלא נסתר.

¹¹¹ סעיף 52 לעמדה. ראו גם האמור בסעיף 55 לעמדה.

¹¹² עמ' 29 לפרוטוקול, שורות 7-8 וכן עמ' 33 לפרוטוקול, שורות 7-10. יצוין כי מר לוי נשאל אם מדובר על 90-99% והשיב כי לפי ניסיונו מדובר על 70-75%.

¹¹³ עמ' 31 לפרוטוקול, שורות 1-2.

¹¹⁴ שם, שורות 3-9.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

לנשים ברכיב הריסק, וזאת בשל חוסר בנתונים¹¹⁵. השימוש בלוח A80, המבחין בין נשים לגברים בביטוח ריסק ופורסם לראשונה באנגליה בשנת 1990, החל בישראל בשנת 2000. המדינה מוסיפה כי בשל חלוף הזמן מאז ועד למועד הגשת עמדתה, יש קושי להסביר באופן ודאי ומלא את פרק הזמן שחלף מאז פרסום לוח A80 ועד להטמעתו בכלל ביטוחי הריסק, וייתכן שהדבר קשור להעדר טכנולוגיה וזמינות מידע באותה תקופה, לתלות במבטחי משנה או לצורך לבצע התאמות של הלוח לאוכלוסייה המקומית. אינדיקציה לכך שייתכן שלא היה אפשרי בתקופה הרלוונטית להשתמש בלוחות תמותה מבחינים ברכיב הריסק מוצאת המדינה בכך שהחל משנת 1996 כבר הביאו כמה חברות ביטוח לידי ביטוי את הפער בין המינים לעניין הריסק, בקביעת תעריפים מיוחדים או מתן הנחות מיוחדות לנשים בביטוחי חיים, ואלה אושרו על ידי הפיקוח.

מכל מקום, תהא אשר תהא הסיבה לכך שלא נעשה שימוש בלוחות תמותה מבחינים בין נשים לגברים ברכיב הריסק בין השנים 1990 ל-2000, בהיבט זה עולה כי למצער בנוגע למשיבה 2 ולמשיבה 3 (לגבי הפוליסה שלה משנת 1987) כלל לא ניתן היה לעשות שימוש בלוחות תמותה מבחינים בריסק.

93. סיכום האמור עד כה הוא כי קיימים סיכויים גבוהים לקבלת עמדת המערערות שלפיה טעמים ענייניים הם שהובילו לאי יצירת הבחנה בין גברים לנשים ברכיב הריסק ולהיצמדות לעקרון התעריף האחיד.

התייחסות לטענות נוספות

94. לפני חתימה נתייחס בקצרה לעניינים נוספים העולים מחוות דעתו של מר לוי ומחקירתו הנגדית ולטענות נוספות של המשיבות.

א. לגבי טענת מר אליגון שלפיה תוחלת התביעה של נשים בביטוח אכ"ע היה גבוהה ב-50%, השיב מר לוי כי "זה נכון לאנגליה, אמצע שנות התשעים"¹¹⁶. אלא שבהעדר כל נתון אחר מטעם המשיבות, לא נסתרה טענת המערערות בעניין זה.

ב. עוד טענו המשיבות, על יסוד חוות דעתו של מר לוי, כי גם אילו היה ממש בתיאוריית הרציונליות שהעלו המערערות, הרי שהבחנה בין גברים לנשים ברכיב הגמלה לא פותרת את בעיית האנטי סלקציה, שכן ההבחנה בין המינים אינה מונעת אנטי סלקציה בתוך כל קבוצה. גם אם יש מקום להניח כי הבחנה

¹¹⁵ סעיפים 33-36 לעמדה.

¹¹⁶ עמ' 31 לפרוטוקול, שורות 10-12.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

בין המינים לא מונעת אנטי סלקציה בתוך הקבוצה, אין משמעות הדבר כי חברות הביטוח מנועות מלהתמודד עם חשש לאנטי סלקציה בין הקבוצות.

ג. עוד טענו המשיבות, על יסוד חוות דעתו של מר לוי, כי אפילו היה יסוד לתאוריית הרציונליות, הרי שהיא אינה מונעת יצירת הבחנה בין המינים ברכיב הריסק. מדובר בטענה נכונה, ואכן משנת 2000 קיימת הבחנה ברכיב הריסק. אך כאמור – קיומה של הבחנה החל משנת 2000 אינה מלמדת כי העדר ההבחנה לפני כן מהווה הפליה פסולה.

ד. מעדויות מומחי המערערות והמצהירים מטעמן עולה בבירור כי הגם שאין חובה לרכוש רכיב אכ"ע בפוליסת ביטוח מנהלים, בפועל הדבר נעשה כמעט תמיד. גם מעדות מר לוי עולה כי השכיחות לכך גבוהה (לשיטתו כאמור 70-75%). מכאן כי בניגוד לנטען בחוות הדעת של מר לוי, יש יסוד ממשי לטענת המערערות שלפיה בבחינה כוללת של הפוליסות הרלוונטיות, בהחלט יש מקום להתייחס גם לרכיב האכ"ע. נזכיר ונציין כי למשיבות כולן יש רכיב אכ"ע בפוליסות הרלוונטיות.

ה. אשר לטענת המשיבות כי הסברי המערערות והמדינה לאנטי סלקציה וכשל שוק הם בגדר "תירוץ בדיעבד"¹¹⁷ – אין לקבלה. ראשית, טענה זו הועלתה לראשונה בשלב מאוחר מאד של הליך הערעור ובמצב זה לא ניתנה למערערות ולמדינה הזדמנות נאותה להתייחס אליה ובמידת הצורך לנסות ולהמציא נתונים מזמן אמת. שנית, גם אילו היה עדיף להציג מסמכים מזמן אמת, לתמיכה בטענות בדבר אופן חישוב הפרמיה והשיקולים שנלקחו בחשבון לשם כך¹¹⁸, הרי שאין משמעות הדבר כי זו הדרך הבלעדית להוכחת הטענות הללו. ובנסיבותיו של המקרה דנן, וכפי שהובא לעיל בהרחבה, הציגו המערערות די ראיות לתמיכה בטענותיהן. שלישית, משמעות קבלתה של טענת המשיבות האמורה בפתח הסעיף היא כי על המערערות להמציא ראיות ממועד ניסוח הפוליסות הרלוונטיות, לפני שנים רבות – במצב שבו לא זו בלבד שייתכן שמסמכים לא נשמרו, אבדו או ניזוקו, אלא שייתכן כי גם את מנסחי הפוליסות עצמם ואת האקטוארים שהתוו את אופן החישוב לא ניתן להביא לעדות.

¹¹⁷ סעיף 21(א) להתייחסות המשיבות לעמדת המדינה.

¹¹⁸ השו: עניין עמק זבולון.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

אישור המפקח על הביטוח

95. כפתיח לפרק זה נציין כי הסוגיה המונחת לפתחנו היא **"בעיה רב-קדקודית"**¹¹⁹, הכוללת מספר רב של עניינים, לרבות **"בתחומי משק וכלכלה, שכרונים בהם היבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף"**¹²⁰ והשלכותיה הן רחבות היקף. ככזו היא מסוג הסוגיות שבהן נוהג בית המשפט בריסון שיפוטי במידה מיוחדת, תוך מתן מרחב תמרון רחב לרשויות הרלוונטיות לקבוע את המדיניות הכוללת. כאמור לעיל, במכלול נסיבות העניין יש ליתן משקל מיוחד לאישור שנתן המפקח על הביטוח לפוליסות הרלוונטיות.

96. סעיף 40 לחוק הפיקוח קובע הוראות שונות הנוגעות ל**"הנהגת תכנית ביטוח או שינוי בה"**, כלשון כותרת השוליים. על פי סעיף 40(א), **"מבטח המבקש להנהיג תכנית ביטוח, או המבקש לשנות בתכנית ביטוח את תנאי הביטוח, את דמי הביטוח או עניין אחר..."**, עליו למסור לממונה על שוק ההון הודעה על כוונתו זו, 30 יום לפני המועד שבו מבקש להנהיג את התכנית או את השינוי. סעיף 40(ב) לחוק הפיקוח קובע כי אם נמסרה הודעה כאמור לממונה ובהעדר התנגדות מטעמו, ניתן להנהיג את תכנית הביטוח או את השינוי, ולהיפך. סעיף 40(ג) קובע כי **"על אף האמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב), הממונה רשאי להורות, לגבי ענפי ביטוח מסוימים, לגבי תכניות ביטוח מסוימות או לגבי שינויים מסוימים בתכניות ביטוח... כי מבטח לא ינהיג תכנית ביטוח או שינוי בתכנית ביטוח, אלא באישור מראש ובכתב מאת הממונה או בהתקיים תנאי שעליו יורה הממונה"**. ואמנם, מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 40 לחוק הפיקוח, הוציא שר האוצר דאז את צו הפיקוח על עסקי ביטוח (תכניות ביטוח חדשות ושינוי תכניות), התשמ"ב-1981, שעמד בתוקפו¹²¹ בתקופה הרלוונטיות לפוליסות הרלוונטיות, וקבע בסעיף 2 לצו ענפי ביטוח שבהם נאסר על מבטח להנהיג תכנית ביטוח או שינוי, כאמור בסעיף 40(א) לחוק הפיקוח, אלא באישור המפקח. בין הענפים: **"ביטוח חיים, לרבות ביטוח סיכון, ביטוח גמלה וביטוח פיצויים"** (סעיף קטן (1)); **"ביטוח חיים - סיכון בלבד"** (סעיף קטן (2)); **"ביטוח חיים - גמלה ופיצויים בלבד"** (סעיף קטן (3)).

¹¹⁹ בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 644-645 (2001) (להלן – בג"ץ שמאי הביטוח); בג"ץ 9134/12 גביש נ' כנסת ישראל, 21.4.2016.

¹²⁰ בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 60 (27.9.2004). יוער כי הדברים נאמרו ביחס להתערבות בחקיקה ראשית, אך יפים הם גם ביחס להנחיות של מאסדר, הגם שלגבי אלה מידת הריסון השיפוטי מצומצמת יותר.

¹²¹ הצו בוטל בסוף שנת 2014, תוקף הביטול מיום 1.1.2015. צו הפיקוח על עסקי ביטוח (תכניות ביטוח חדשות ושינוי תכניות) (ביטול), התשע"ה-2014, ק"ת 7465.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

97. בענייננו אין חולק כי הפוליסות הרלוונטיות קיבלו את אישור המפקח על הביטוח וכי המערערות הונחו על ידי המפקח לעשות שימוש בלוחות תמונה מסוימים (המבחינים בין גברים לנשים) לעניין רכיב הגמלה. אף המומחה מטעם המשיבות, מר לוי, אישר בחקירתו הנגדית כי חברות הביטוח כפופות לפיקוח רגולטורי הכולל אקטוארים, כי המפקח מאשר תמחור כל תכנית, על כל מרכיביה ומנחה באיזה לוחות תמונה להשתמש וכי הפוליסות הרלוונטיות אושרו על ידו¹²².

98. מהי משמעותו של אישור המפקח לפוליסות הרלוונטיות לשאלת אישור התובענה ובקשת האישור? בעניין **דקלה**¹²³ נדונה בקשת רשות ערעור של ארבע חברות ביטוח (בהן המערערות 1-3 דנן) על החלטת בית המשפט המחוזי לאשר ניהול תובענה ייצוגית בעילה של הטעיה. ביסוד התובענה שם עמדה טענה לגביית יתר בפוליסה לביטוח סיעודי (נטען שנגבתה פרמיה לאחר קרות מקרה הביטוח ובתקופת תשלום תגמולי הביטוח). לאחר קיום דיון הסכים המשיב 1 שם (מר חיים פרידמן) לקבלת הערעור ולביטול החלטת בית המשפט המחוזי. שופטי בית המשפט העליון נימקו בקצרה את פסק הדין, נוכח הסכמתו הרפה של המשיב 1, כדלקמן¹²⁴:

"טענתן המרכזית של המבקשות, הן בבית המשפט והן בפנינו, נוגעת למעורבות המפקח על הביטוח (להלן - המפקח), הוא המשיב 2, באישור הפוליסה. לעניין זה יש לפרט מעט... מן האמור לעיל עולה, כי הפוליסה נשוא הבקשה שלפנינו זכתה לאישור של המפקח, ללא שנקבע בה שחרור מתשלום פרמיה בתקופת תשלום תגמולי הביטוח. במצב דברים זה, מקובלת עלינו טענת המבקשות לפיה לא היה מקום לאשר את התביעה הייצוגית. אכן, התביעה הייצוגית הינה מכשיר חשוב לשיפור האכיפה האזרחית בתחומים שונים, ביניהם תחום הביטוח. ואולם, בענייננו פעלו המבקשות תחת הנחיית המפקח ובהסכמתו. המפקח הוא אשר אישר ביצוע שינויים מסוימים בפוליסה על מנת למנוע את התוצאה הקשה של אי-חידושה על ידי המבקשות. ברור מאליו, שהמבוטחים היו נפגעים בצורה קשה אלמלא חידוש הפוליסה וכאשר המבקשות לא היו חייבות לחדשה. כלומר, המבקשות עיצבו את תנאי הפוליסה תחת פיקוחו ההדוק של הגורם הרגולטורי הרלוונטי וזאת לטובת המבוטחים, כפי שראה אותה המפקח. מעבר לכך יוער, כי מדברי באת-כוח המפקח עולה כי לא היה בכוונת הצדדים להחיל את הוראות חוזר 2004/11 על הפוליסה האמורה [בחוזר נקבע כי מבוטחים בביטוח סיעודי יהיו פטורים מתשלום פרמיה בתקופת תשלום תגמולי הביטוח. החוזר הוצא ביום 29.4.04 ונקבע כי יחול על פוליסות שיימכרו או יחדשו מיום 1.7.04 ואילך - א.א.]. משאלו פני הדברים, הרי שלגישתנו

¹²² עמ' 39 לפרוטוקול, שורה 21 – עמ' 40 לפרוטוקול, שורה 16.

¹²³ הי"ש 45 לעיל.

¹²⁴ בסעיפים 4 ו-5 לפסק הדין. ראו גם ע"א 7928/12 אי. אר. אמ. טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ, בסעיף 28 לפסק הדין (22.1.2015).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

**לא היה מקום להכיר בעילת התביעה של המשיב, לא כל שכן להתייר
ניהול תביעה ייצוגית בעילה זו נגד המבקשות".** (הדגשה הוספה – א.א.)

ובעניין עיזבון גת¹²⁵ החליט בית המשפט המחוזי לאשר תובענה ייצוגית נגד חברת "בזק" בגין האופן שבו חישה "בזק" את התשלום עבור שיחות טלפון. בית המשפט המחוזי קבע כך, אף שאופן חישוב התשלום נקבע בתקנות שהותקנו על ידי שרת התקשורת, ולכן מהווה התובענה תקיפה עקיפה של התקנות. בית המשפט העליון קיבל את בקשת רשות הערעור תוך שהוא עומד בפסק דינו על משמעותה של תקיפה עקיפה, וקובע כך¹²⁶:

"הלכה למעשה, לא ניתן לתקוף ישירות את בזק על התעריף המונהג, שכן פעולתה חוסה תחת כנפי התקנות ולכאורה מוגנת היא מפני תביעה מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הקובע כי פעולה על-פי חיקוק תהווה הגנה טובה... כן עומדת לימינה הוראת סעיף 3(ב) לחוק [הגנת הצרכן – א.א.]. שלפיה על העיסקה שלה מייחסים ניצול מצוקת הצרכן, להיות בעלת תנאים בלתי מקובלים או בלתי סבירים או שמטרתה היא לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת. לא יעלה על הדעת לקבוע, כי פעולה על-פי חיקוק הינה בלתי סבירה ובלתי מקובלת, אלא אם כן תימצא התקנה עצמה, שמכוחה נעשתה אותה פעולה, בלתי סבירה ובלתי מקובלת. מכאן, שבתוקפו את שיטת החישוב של בזק, תוקף המשיב את התקנות עצמן..."

הודגש שככלל אין לשלול את האפשרות לתקיפה עקיפה של התקנות, אלא שבנסיבות אותו עניין, לא עלה בידי המשיב שם להראות כי התקנות לוקות בחוסר סבירות או כי שיטת חישוב התשלום אינה מקובלת (בהתאם לנדרש בהוראות הרלוונטיות בחוק הגנת הצרכן), ומכאן כי "לא ניתן לומר, כי המשיב הצליח להראות בשלב זה של הדיון שקמה לו עילה להגשת תביעה ייצוגית נגד בזק"¹²⁷ "וכן לא הצביע על סיכויי התובענה לגופם של דברים"¹²⁸.

אמנם בענייננו אין המערערות נתלות בחקיקת משנה אלא באישור המפקח על הביטוח, אולם על פי הנפסק בבג"ץ שמאי הביטוח¹²⁹, באשר לסמכויות המפקח על הביטוח ומעמד הנחיותיו, יפה הגיונם של הדברים אף לענייננו-אנו.

99. דהיינו, בהינתן אישור המאסדר להתנהלות הנתקפת במסגרת תובענה ייצוגית, על מבקש הבקשה לאישור להצביע על פגמים באישור ואם לא יעשה כן, המסקנה המתבקשת, ככלל, תהיה כי לא עלה בידיו להרים את נטל ההוכחה המוטל עליו

¹²⁵ הערת שוליים 31 לעיל.

¹²⁶ שם, בעמ' 717. עוד לעניין הנסיבות שבהן לא תתאפשר תקיפה עקיפה של אקט שלטוני ראו פסק דינו של בית המשפט העליון שניתן אך לאחרונה ברע"א 2933/18 עיריית אור עקיבא נ' מקורות חברת מים בע"מ (1.8.2019).

¹²⁷ עניין עיזבון גת, בעמ' 718.

¹²⁸ שם, בעמ' 719.

¹²⁹ הי"ש 119 לעיל.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

בשלב בקשת האישור. העולה מהאמור הוא כי בהינתן אישור המפקח לפוליסות הרלוונטיות, היה על המשיבות להניח תשתית ראיתית לכאורית בהיקף משמעותי יחסית, לא רק לתמיכה בטענותיהן, כי אם תשתית המצביעה על כך שאישור המפקח חורג בצורה קיצונית ממתחם הסבירות. ללא תשתית שכזו, וכפי שהראינו לעיל לא הונחה תשתית שכזו, ודאי אין ניתן לומר כי הוכחה עילת התביעה או כי קם תנאי האפשרות הסבירה לזכייה.

נזכיר כי בבג"ץ חקנזרי¹³⁰, לגבי קבוצת העמיתות שמקרה הביטוח בעניין אירע לפני שבוטלה ההבחנה המגדרית בפוליסות על פי הנחיית הממונה על שוק ההון, נקבע כי תוצאתה של הבחנה זו, שנכללה בהנחיות עבר של הממונה, היא בבחינת "מעשה עשוי" שאין אפשרות להורות על תיקונו, וכי לא ניתן להלין בעניין זה על המשיבות שפעלו בהתאם להנחיות המאסדר – הממונה. וכך נקבע¹³¹:

"... מעת שהתרחש האירוע הביטוחי, יש קושי בהחלה רטרואקטיבית של תנאי ביטוח חדשים אשר משנה את השקלול הראשוני של הסיכונים והסיכויים עליו נסמכה הפרמיה מלכתחילה. וביישום לענייננו: קרנות הפנסיה פעלו בהתאם לחוזר 2007 בשעתו, ושינו את מצבן בהסתמך על הנחיותיו בכך שגבו מהעמיתות פרמיות ביטוח (מופחתות) המותאמות לכיסוי שנקבע (כיסוי עד גיל 64), ועל כן כיום אין אפשרות להורות על שינוי בדיעבד של המסלול הביטוחי אליו שויכו העמיתות בשעתו ביחס לנשים שכבר התגבש בעניינם האירוע הביטוחי..." (הדגשה הוספה – א.א.)

ויפים הדברים אף לענייננו, וזאת אף מבלי להיכנס לשאלה אם מבחינה עיונית המקום לבחון אותם הוא בשאלת הסעד או בשאלת קיומה של עילה.

100. יוער בהקשר זה כי אף בחירתן של המשיבות שלא לתקוף את הנחיות המפקח על הביטוח באופן ישיר ושלא לצרפו כמשיב בהליך, מטה את הכף אל עבר דחיית הבקשה, בשים לב לנפסק בעניין הראל¹³², שלפיו "דרך התקיפה עשויה להכתיב את תוצאת התקיפה"¹³³ ו"המדיניות השיפוטית הראויה היא לעודד ביקורת שיפוטית בדרך של תקיפה ישירה"¹³⁴.

סיכום

101. מכל האמור לעיל עולה כי קיימים סיכויים גבוהים לקבלת עמדת המערערות שלפיה הפוליסות הרלוונטיות אינן נגועות בהפליה פסולה, שכן ההבחנה בין

¹³⁰ הערת שוליים 43 לעיל.

¹³¹ בסעיף 11 לפסק הדין.

¹³² רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (3) 637 (2000).

¹³³ שם, בעמ' 646.

¹³⁴ שם, בעמ' 648.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

גברים לנשים ברכיב הגמלה לא נשענת על תפיסות סטריאוטיפיות מגדריות שיש לשרשן כדי לצמצם את אי השוויון המגדרי בחברה, אלא נבעה מטעמים ענייניים – החשש מאנטי סלקציה וכשל שוק בשל הפער בתוחלת החיים בין המינים – שהצדיקו חריגה מעקרון התעריף האחיד; חשש זה לא קם ברכיב הריסק, מאחר שההבדל בתוחלת החיים בין גברים לנשים אינו כה משמעותי בגילאים הרלוונטיים לרכיב הריסק, משרכיב הריסק בפוליסות הרלוונטיות זנית, ומשהפרמיה בגין הריסק היא שולית ביחס לפרמיה ביתר הרכיבים; לכן ברכיב הריסק דבקו המערעורות בכלל התעריף האחיד; אין לקבל את הטענה שעצם יצירת ההבחנה בין המינים ברכיב הגמלה מחייבת יצירת הבחנה ביתר המרכיבים בפוליסות הרלוונטיות, לרבות רכיב הריסק. למעשה אילו היה נקבע כי הדבר הכרחי, התוצאה היתה, בסבירות גבוהה, הרעת התנאים למבוטחות-נשים (וכנראה גם למבוטחים-גברים). בנוסף, אין בידינו לקבל את טענת המשיבות לפיה יש לראות בשינוי שנעשה בתכניות הביטוח החדשות משום הודאה של המערעורות בקיומה של הפליה פסולה בפוליסות הרלוונטיות, כמו גם לטענתן כי יש להקיש לענייננו מהנפסק בפסקי הדין בעניין **פידלמן. מכאן, כי לא עלה בידי המשיבות להוכיח, ולו לכאורה, כי הפוליסות הרלוונטיות נוגעות בהפליה פסולה וכי יש סיכוי סביר שהתובענה תוכרע לטובת חברות הקבוצה. לפיכך, צודקות המערעורות בטענותיהן כי לא היה מקום להיעתר לבקשת האישור.**

102. לצד זאת נדחית בקשת האישור גם על עילותיה האחרות (הפליה פסולה המנוגדת לתקנת הציבור, תנאי מקפח בחוזה אחיד, הפרת חובת תום הלב ועשיית עושר שלא כדין), משעהן נשענות על עילת ההפליה הפסולה ולאור המסקנה שאליה הגענו באשר לעילה זו. עוד יש לומר כי העילות האחרות לא פורטו כנדרש, לא הונחה להוכחתן תשתית ראייתית ברמה הנדרשת בשלב זה של הדיון והן עלו בטענות המשיבות לפנינו בשפה רפה בלבד, אם בכלל, עד כי ניתן לומר שנוזנחו.

103. לאור המסקנה שאליה הגענו, התייתר הצורך לדון ביתר טענות הצדדים, לרבות בטענות הסף השונות, ובהן טענת ההתיישנות, ובטענות הנוגעות ליתר התנאים לאישור תובענה ייצוגית, כמפורט בסעיף 8(א) לחוק.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 26328-09-14

סוף דבר

104. הערעור מתקבל. החלטת בית הדין האזורי מיום 17.8.14 מבוטלת. כל משיבה (ולגבי המשיבה 3 – יורשי המשיבה 3, יחד ולחוד) תשלם למערערת בה בוטחה הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בגין ההליכים בשתי הערכאות בסכום של 25,000 ש"ח.

ניתן היום, ה' כסלו תש"פ (03 דצמבר 2019) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

אילן סופר,
שופט

אילן איטח,
סגן נשיאה

ורדה וירט-ליבנה,
נשיאה, אב"ד

גברת יודפת הראל בוכריס,
נציגת ציבור (מעסיקים)

גברת יעל רון,
נציגת ציבור (עובדים)