

קבוע לדיון ביום 7.11.22

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

-נגד-

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

ובעניין :

מדינת ישראל – רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון
 באמצעות עוה"ד תמר שריאל מפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)
 מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן), תל אביב ת"ד 33051
 טל : 073-3924888 פקס : 02-6468005

סיכומי טענות המערערים

בהתאם להחלטת בית הדין הנכבד מתכבדים המערערים להגיש סיכומי טענותיהם בערעור¹. אין באמור להלן בכדי לגרוע מנימוקי הודעת הערעור, ובית הדין הנכבד מתבקש לקבל את הערעור, תוך חיוב המשיבות בהוצאות ושכר טרחת עו"ד. כל המוצגים צורפו כבר לכתב הערעור, ויסומנו כדלהלן :

מספר מוצג	תיאור
1מ	החלטה בית הדין האזורי מיום 26.6.22
2מ	בקשת האשור
3מ	תגובת המשיבות לבקשת האשור
4מ	סיכומי המבקשים בבקשת האשור
5מ	פרוטוקול הדיון בבקשת האשור
6מ	סיכומי טענות המבקשים בבקשת האשור

¹ כל ההדגשות להלן אינן במקור אלא אם נכתב אחרת.

א. רכיב ראשון - החלטת בית הדין הנכבד דלמטה בנוגע להגנת ההתיישנות

1. כאמור בהודעת הערעור, בית הדין הנכבד דלמטה קיבל (בחלקה) את טענת ההתיישנות שהעלו המשיבות ודחה למעשה את טענת המבקשים, שהועלתה בבקשה ובתשובה לתגובה לה, לקיומם של החריגים בסעיפים 7-8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח – 1958 (להלן: "חוק ההתיישנות"). בית הדין הנכבד נימק החלטתו בעניין זה (באופן תמציתי ביותר - מ1 ס' 20) בכך שלא השתכנע שעסקינן במקרה "סמוי מן העין", השונה מנסיבות פסיקת בית הדין הארצי בעניין ויינגרט².
2. להלן יפרטו המערערים, מדוע שגה בית הדין הנכבד במסקנה שהסיק, מדוע לא נתן דעתו לכלל טענות המערערים, ומדוע לא היה מקום למסקנה כזו בשלב שניתנה, אלא למסקנה הפוכה.

3. כללי - על הגנת ההתיישנות של המשיבות דן

- 3.1. בבג"ץ פירסט³ אושרה ההלכה, שקבע בית דין נכבד זה, ולפיה: "הוראות וזכויות שאינן קשורות לנתוניו האישיים של העובד, המעניקות לזכאי הפנסיה זכות תביעה מתחדשת, אלה אינן מתיישנות כלל. מכאן שניתן בכל עת לתבוע סכום גמלה שלא שולם בחודש מסוים עד לחלוף שבע שנים מהמועד בו אמור היה להשתלם".
- 3.2. עם זאת הובהר שם, כי הלכה זו הינה הלכה כללית ביחס לגמלת פנסיה, וכך ניתנה התייחסות מפורשת לאפשרות של הצרה נוספת של ההגנה הני"ל לגבי המשיבות דן, במילים הבאות:

"יש להעיר כי בעתירה שלפנינו לא העלו המשיבים טענה לעניין יכולתה של מבטחים לטעון טענת התיישנות בתביעה המוגשת נגדה על-ידי עמיתה. טענה כאמור הועלתה בבית הדין הארצי בע"ע 17/03 מריו ויינגרט – מבטחים טרם פורסם, 9.5.2005), ונדחתה ברוב דעות. על פסק דין ויינגרט הוגש לבית משפט זה בג"ץ 6688/05, אשר ביום 5.4.2006 ניתנה בו החלטה לפיה בירור העתירה ימתין לתוצאות הדיון הנוסף המתקיים בעניין עזבון המנוח אדוארד ארידור נ' עיריית פתח תקווה (דניא 1595/06)... לשם הזהירות יאמר, כי מסקנותינו כאן מתייחדות לדין ההתיישנות המהותי החל על תביעות שעניינן גמלת פנסיה, ואין אנו קובעים מסמרות בשאלה הנפרדת שהועלתה ונידונה בפסק-דין ויינגרט, באשר לתום הלב שבהעלאת טענת התיישנות".

- 3.3. יצוין, כי בג"ץ ויינגרט המאוזכר לעיל נמחק, לבסוף, מחוסר מעש (לאחר פטירת העותר), אולם בית הדין הנכבד מופנה לשתי אבחנות חשובות שיש לעשות:

- 3.3.1. ראשית, בשל מחיקת ההליך ממילא לא נדונה/הועלתה השאלה באיזו מידה, אם בכלל, יש לאבחן את פסיקת בית הדין הנכבד מההלכה שנקבעה בדני"א ארידור, וממילא גם לא נדונה טענת המערערים (כאן) לפיה המונח "וודאות תקציבית" - הרלוונטי לגופים מתוקצבים - אינו רלוונטי כלל לגבי המשיבות (ובפרט במקרה בו יש להניח כי ניתנה להן התחייבות לסיוע אקטוארי מראש)⁴.

² ע"ע 17/03 מריו ויינגרט – מבטחים 9.5.05. (להלן: "עניין ויינגרט")

³ פסק הדין בבג"ץ 3514/07 מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פירסט בע"מ (13.5.2012). להלן: "בג"ץ פירסט".

⁴ ראו בג"צ 2944/10 אברהם קוריציקי ואח' נגד בית הדין הארצי לעבודה (להלן: "בג"ץ קוריציקי") (בפסקה 107)

3.3.2. שנית, נימוקי דעת הרוב בעניין וינגרט בוססו, למעשה, בעיקרם על האופי הפרטני של הנתונים שבמחלוקת ועל הנטל המוטל על העמית בהיותו הגורם המונע היעיל לבדיקתם. נימוק זה אינו רלוונטי בהכרח בנסיבות אחרות.

תימוכין לשתי האבחנות המוצעות הנ"ל ניתן למצוא גם בפסיקת בית הדין בעניין עופרה אילן⁵ אשר שללה את העלאת טענת ההתיישנות במקרה של הפרה רוחבית, וכאשר לא הועלתה טענת הסתמכות תקציבית ראויה.

4. **לסיכום נקודה זו** - קיימת הלכה מחייבת של בית המשפט העליון לפיה תביעה להפרשי גמלה הינה בעילה מתחדשת, שבע שנים אחורה, אולם אין כל הלכה המונעת, בנסיבות המתאימות, להשתיק את המשיבות דן מלהעלות את טענת ההתיישנות, כאשר היא נגועה בחוסר תו"ל ללא תכלית ראויה.

5. כללי – על התיישנות ו-"בטלות יחסית"

5.1. סוגיה נוספת ואחרת שנדונה בבג"ץ פירסט, בקשר למשיבות, הייתה סוגיית "הבטלות היחסית". בנסיבות המיוחדות שם העלתה המשיבה 1 טענה לפיה יש להגביל את חובת ההשבה ואכן כך נקבע בסופו של הליך, עם זאת, יודגש, רק לאור הצטברות הנסיבות המיוחדות הבאות:

5.1.1. ראשית, המשיבה 1 הוכיחה אינטרס הסתמכות לגיטימי בסוגיה המשפטית הרלוונטית (ס' 51 שם);

5.1.2. שנית, המשיבה 1 הוכיחה (באמצעות חברת "סקר" – ס' 52), כי שינוי שיטת החישוב תביא להפחתת הגמלאות של רוב העמיתים באופן בו הם יאלצו להשיב לה כספים;

5.1.3. שלישית, המשיבה 1 הוכיחה (באמצעות חברת "סקר"), כי שינוי שיטת החישוב רק "לצד אחד", תוך סטייה מהתקנון, תביא לגרעון אקטוארי נוסף של כשני מיליארד ש"ח וכן לפגיעה בעקרון השוויון;

5.1.4. רביעית, המשיבה 1 הוכיחה (באמצעות חברת "סקר"), כי לא נשתמרו בידה נתונים וכי החישובים כרוכים באיסוף פרטני ובתשומות כבדות.

5.2. גם ביחס לסוגיה זו מופנה בית הדין הנכבד לשתי אבחנות חשובות:

5.2.1. ראשית, כי בכל הנוגע לנימוק הרביעי האחרון (שמירת הנתונים הממוחשבים), בית המשפט העליון נזף במשיבה 1 כבר במסגרת פסק הדין (פסקה 59), הבהיר במפורש, כי "אין להניח כי התנהלות כזו יכולה הייתה להתקבל במצב המשפטי השורר **דהיום**", ואף הפנה לתקנה 56א לתקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), התשכ"ד 1964 - תוך שציין כי "תיקון זה יסייע במניעת קשיים מעשיים וראייתיים כגון אלה שהתעוררו במקרה דנן".

5.2.2. שנית, כי בכל הנוגע לנימוק השלישי (גירעון אקטוארי), בית המשפט העליון כבר הבהיר מאז (בבג"ץ קוריצקי - פסקה 109), שברגיל, במקרה בו התביעה הינה לקבלת זכויות המגיעות לקבוצה מסוימת ללא סטייה מהתקנון, אזי עקרון השוויון יחייב תשלום מלוא הזכויות לקבוצה הרלוונטית, גם כאשר תוכת הפחתה צפויה לכלל

⁵ ע"ע 533-09 עופרה אילן ו- 24 אח' נ' שירותי בריאות כללית, מיום 15.06.2011

העמיתים (היינו, כי בכל אופן יש להעדיף פיזור "הנזק" והפעלת מנגנון האיזון האקטוארי הקבוע בסעיף 64 לתקנון המשיבות, על פני פגיעה בקבוצת הזכאים).

6. **לסיכום נקודה זו** - המשיבות לא יכולות להיתלות עוד בטענה פשטנית לאי שמירת נתונים ועלויות חישוב. כמו-כן, גם הטענה לפיה "כל סכום ישולם מכספי קופת העמיתים", אפילו אם היא נכונה, איננה רלוונטית בנסיבות.

7. **כללי – על חריג ההתיישנות שלא מדעת ביחסי נאמנות**

7.1. בית המשפט העליון התייחס ממש לאחרונה בעניין **ישראל-פור**⁶ ליחס שבין חריג ההתיישנות שלא מדעת שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות לבין חסימת טענת התיישנות מכוח נורמת תום הלב, וקבע, כי אם ניתן לעשות כן, עדיף להסתפק בהחלת הנורמה הספציפית הראשונה.

7.2. בית המשפט העליון התייחס שם גם למידת ההוכחה של החריג לחוק ההתיישנות, בפרט בחוזי נאמנות/יחס, ובמילים הבאות:

"יודוק: טיב מערכת היחסים ההסכמית שבין הצדדים, משפיע כאמור גם על היסוד השני של סעיף 8, שעניינו ברף הנדרש לצורך הקביעה כי העובדות המגבשות את עילת התביעה, נעלמו מעיניו של התובע "מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן". כך, משנוצרה מערכת יחסים הסכמית של נאמן-נהנה" אזי בהעדר מידע על הפרת חובת הנאמנות, אין לבוא לנהנה בטרוניה על כך שלא נקט בצעדים אשר היו מונעים את היעלמות העובדות מעיניו, או במילים אחרות: לא הרי זיהירות סבירה של נהנה כיזיהירות סבירה של תובע מן היישוב"

היינו, כאשר מדובר ביחסי נהנה-נאמן (כגון עמית-קרן פנסיה), וכאשר לא מדובר בנתונים פרטניים וייחודיים (אשר מטבע הדברים ברור שעל הנהנה לבדוקם), אזי ניתן להניח כי עובדות ההפרה נעלמו מהנהנה מסיבות שאינן תלויות בו.

8. **לסיכום נקודה זו** - בתובענה הייצוגית דנ⁷, לאור היחסים בין הצדדים, על המשיבות מוטל הנטל להוכיח כי הובאה לידיעת העמיתים (או חלק ספציפי מהם) עובדת ההפרה בכדי להתחיל את מרוץ תקופת ההתיישנות (ולא להיפך).

9. **מן הכלל אל הפרט - נסיבות עניין ויינגרט שונות בתכלית מהנסיבות דנן**

9.1. המערערים הסבירו היטב, כבר במסגרת בקשת האשור (מ2 ס' 12.4), מדוע יש לאבחן את הנסיבות דנן מנסיבות עניין ויינגרט: שהרי שם דובר בנתונים פרטניים של המערער ואילו כאן בדרך חישוב סמויה של המשיבות.

9.2. עוד ציינו המערערים, כבר שם, כי פסק הדין בעניין ויינגרט הוכרע בדרך שהוכרע אך ורק בשל **"מחויבותו של המערער והאפשרויות שעמדו בפניו לבדיקת היקף המשרה"**. עיון בפסק הדין יגלה גם כי זה, למעשה, מה שעמד גם בבסיס הכרעת כל שופטי הרוב. וכדברי כב' הנשיא (כתוארו אז) אדלר (פסקה 11): **"הנהלת מבטחים, שלא היתה מודעת לטעות בהקלדת הנתונים, לא היתה יכולה לתקן את הטעות."**

⁶ רע"א 4705/22 חוה אליהו נ. עדנה ישראל - פור (אליהו) (29.9.22)

⁷ להחלת החריג הנ"ל לחוק ההתיישנות גם במסגרת תובענה ייצוגית, ראו ת"צ 10538-02-13 עמותת הצלחה – לקידום חברה הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח' פורסם בנבו (19.1.20)

- 9.3. הנה-כי-כן, חרף חובות היידוע והנאמנות המוטלות על המשיבות, מצא בית הדין הנכבד להטיל שם את החובה לבדיקת נתונים על העמית הפורש וזאת בהיעדר אלטרנטיבה אחרת. נימוק זה כלל לא רלוונטי בנסיבות דנן, ולכן לא היה מקום להקיש מהפסיקה שם.
- 9.4. האמור רק מקבל משנה תוקף לאור ההפרשים הקטנים בסכומים, היות החישוב אחד מיני עשרות רבים בתחשיב הכולל, והגישה הנדרשת לנתונים חיצוניים (מדדים)⁸
- 9.5. כל הכרעה אחרת פירושה, למעשה, הטלת חובה על העמיתים לבצע את כל חישובי הפרישה בעצמם והיא, בכל הכבוד, לא תעלה בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט העליון בנוגע ל- "סטנדרט הזהירות המופחת"⁹ וחובות היידוע החלות על המשיבות אשר אליהן הופנה בית הדין הנכבד כבר במסגרת הבקשה (מ2 ס 8.4).
- 9.6. לכן, שגה בית הדין הנכבד במסקנה שהסיק ובניגוד לנסיבות עניין ויינגרט, אין כל הלכה לפיה על הגמלאים לבדוק את נכונות נוסחאות החישוב הכללי במערכות המשיבות, וזכותם של העמיתים, ע"פ סטנדרט הזהירות הסביר, קו"ח המופחת, הייתה להניח כי העניין נבדק היטב.
10. גם הטענה "הפרשנית" לא יכולה להועיל למשיבות בהקשר זה
- 10.1. המערערים התייחסו מראש, כבר במסגרת בקשת האשור, ל-"טענה הפרשנית" ולכך שאין בה בכדי לגרוע מהמסקנה לפיה הופרה חובת הגילוי והיידוע כלפי העמיתים (מ2 ס' 7.4).
- 10.2. בנסיבות דנן, עסקינן לכל הפחות בפוזיציה "פרשנית" נסתרת, וכפי שמוטל על נישום להודיע ולגלות לרשות המיסים על פוזיציה פרשנית חדה שלקח, כך, מקו"ח, גם בענייננו מוטל היה על המשיבות הנאמנות לגלות לעמיתים את הפוזיציה "הפרשנית" בה נקטו. האמור בפרט שעה שנפסק במפורש כי זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק¹⁰.
- 10.3. לכל הפחות, היה על המשיבות לגלות את העובדות שבבסיס הפרשנות (לציין רק כי החישוב נערך על פני 181 חודשים, בדוגמה של המבקשים), ואולם גם זאת לא עשו (ולמעשה הן אף טענו במפורש ל-"1-מ" בכדי לתרץ את הנתון המטעה שנמסר למבקשים – 182 חודשים. מ2 ס 7.4 לעומת מ3 ס' 84).
- 10.4. הטענה שהעלו המשיבות (מ3 ס' 94.11) לפיה חזקה על העמיתים שהם מודעים לפרשנות האמורה בשל קיומם של וועדי עובדים אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שמצהיר המשיבות אישר כי לא נעשתה פנייה/תביעה בנושא זה מעולם (מ5 ע 14 ש 21) וכך גם בא כח המשיבות ידע לציין בחקירה הנגדית את שמו של האדם היחיד שפנה למשיבות בנושא זה. האמור מקבל משנה תוקף לאור טענתה החדשה של המשיבות בבר"ע הקשורה לתיק זה (טענה אותה יטענו המערערים כי יש למחוק) כי ארגונים אלה הינם יעילים בהגשת תביעות עבור העמיתים.
11. המערערים אף הוכיחו, במידה הנדרשת כעת, הטענה פוזיטיבית, ולכלל הקבוצה
- 11.1. כאמור לעיל, בנסיבות דנן ניתן להניח היעדר ידיעה אובייקטיבית, ודי בכך בשלב זה. עם זאת, המערערים יטענו כי אף הוכיחו במידה הנדרשת "הטענה פוזיטיבית" ולכלל חברי הקבוצה :

⁸ ראו גם עבי' (באר-שבע) 1319/99 - אלברט אוזן ואח' נ' "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ בניהול מורשה ואח' (תקדין 6.8.2003) שם ערך בית הדין אבחנה בין נתונים לחישובים ופסק כי אין לצפות מהאדם הסביר לערוך חישובים מסוג זה.

⁹ ראו הי"ש 6 לעיל.

¹⁰ עמוד 13 להחלטה דנן שורה 23.

11.2. המערערים, הפנו ללשון החוק וצירפו לתצהיריהם (מ2 נספחים ג'ה') אסמכתאות על קיומה של ההטעה בפרסומי המשיבה ובתחשיבים שנמסרו להם (שם אף צוין 182 חודשי חישוב בעוד שבפועל חושב לפי 181). עדויות אלה לא נסתרו, העד מטעם המשיבות אישר שלא היה שינוי מדיניות (מ5 ע 17 ש 8), והמשיבות גם כלל לא טענו ולא הביאו אסמכתאות על גילוי שונה לעמיתים אחרים. המערערים גם לא נחקרו מפורשות על עניין ברור זה (ומכאן שאין צורך בכך).

11.3. המערערים ידגישו לעניין זה (הגם שלא נטען או נפסק בפירוש אחרת), כי טענתם התבססה על הוראות תקנון המיושם בצורה אחידה משנת 2003, ולכן גם כי אין משמעות לנתונים אקסוגניים כמו תקופת ההתיישנות השרירותית הקבועה בחוק או החלפת מערכת המחשוב של המשיבות בכדי ליצור לכשעצמם שוני משמעותי בין חברי הקבוצה הנטענת (וזאת בהיעדר ראיות סותרות מתוך התיעוד והתיקים שבידי המשיבות). לכן, המבקשים עמדו בנטל להניח בשלב זה הטעה לכלל חברי הקבוצה הנטענת, וזאת בהתאם לפסיקה שצוטטה.

11.4. משכך, היה על בית הדין הנכבד לפסוק כי קיימת לפחות אפשרות סבירה להוכחת עילת ההטעה, ולכל הפחות היה עליו להתייחס לני"ל במסגרת ההחלטה.

12. בנסיבות החריגות לא היה בכלל מקום לטענת ההתיישנות

12.1. המערערים הפנו את בית הדין הנכבד דלמטה לכך שאין בידי המשיבות כל טענה תכליתית ראויה בנושא ההתיישנות, וזאת לאור אופי ועצמת ההפרה וכן כי טענת הוודאות התקציבית, אם בכלל הועלתה (ראו מ3 ס 94) אינה רלוונטית בנסיבות.

12.2. למעשה, מלבד טענת עלויות החישוב ו-"שמירת הנתונים" הלא מבוססת לא ניסו המשיבות לטעון ובוודאי שלא להוכיח שום טענה תכליתית בנושא זה, וכפי שיפורט להלן, לא בכדי:

12.3. טעמי דיני ההתיישנות פורטו על ידי בית המשפט העליון בעניין אנרגיה אטומית¹¹, כך:

"א. טעם ראייתי הקשור בקושי ובהכבדה על הנתבע לשמור את ראיותיו לאורך זמן. מטבע הדברים, במהלך השנים מסמכים וראיות אובדים, עדים הולכים לעולמם או מאבדים את זכרונם, מה שעלול לפגוע בהגנתו של הנתבע ולהקשות על בירור האמת העובדתית. ב. אינטרס הנתבע לוודאות בדבר זכויותיו וחובותיו בכל זמן נתון, כך שיתאפשר לו לכלכל את ענייניו מבלי להידרש להקצות ממשאביו רזרבה כספית שמא ייתבע בגין שנים עברו. ג. ההנחה היא כי תובע אשר ישן על זכויותיו תקופה ארוכה, זנח או ויתר או מחל על תביעתו, ועם חלוף הזמן הולכת ומתבססת הציפיה של הנתבע כי לא ייתבע. ד. מנקודת מבט המערכת המשפטית, ראוי להקדיש את משאבי השיפוט לעניינים שבהווה ולא לשחת זמנה על עניינים שאבד עליהם הכלח. קציבת תקופת ההתיישנות מתמרצת תובעים לא לישון על זכויותיהם ולהגיש תביעתם ללא עיכוב. ה. להסדרי ההתיישנות יש השפעה החורגת מהצדדים הישירים להתדיינות, במיוחד על המדינה, יצרנים, ספקי שירותים ומבטחים. כך, לדוגמה, הארכת תקופת ההתיישנות עשויה להשפיע על גובה הפרמיה בחוזה ביטוח ועל מחירי מצרכים ושירותים, ומכאן שלהסדרי ההתיישנות השלכה על רווחתם של פרטים רבים בתברה..".

¹¹ רע"א 901/07 הועדה לאנרגיה אטומית נ' גיא-ליפל, 19.9.2010 - פורסם בנבו

12.4. בחינת הטעמים הנ"ל בנסיבות דנן, מראה כי אין ולא יכול להיות בידי המשיבות כל טיעון תכליתי, בנסיבות:

12.4.1. "טעם ראיתי" – בית הדין הנכבד הופנה כבר במסגרת בקשת האשור לחובות החוקיות (מ2 ס 21.6 ור' גם מ4 ס 6.1.10) החלות על המשיבות ואשר עליהם כבר עמד בית המשפט העליון¹², תוך שהוא נוזף במשיבות לגבי האחריות החלה עליהם בנושא זה לאור "עקרון הדינמיות" המאפיין את פעילותם. יתרה מזו, כפי שצוין בפני בית הדין הנכבד כבר בדיון הקדם הראשון מיקוד טענות המשיבות בנושא זה לאור הלכת פורסט בנושא התחדשות העילה להפרשי גמלה הינו "פשוט מיותר" (ר' גם מ4 ס' 6.1.5).

12.4.2. "לכלכל את צעדיו" – המשיבות לא טענו טענה קונקרטית בנושא זה אולם המערערים ציינו, כי הן אינן מתנהלות לפי "תקציב" אלא מדובר בקרנות פנסיה "סגורות" אשר כבר ניתן להן סיוע אקטוארי מראש בגין הסכומים שהיה עליהן לשלם לחברי הקבוצה הנטענת לפי לחוק (מ4 ס 7.1.3). כמו-כן, הפנו המערערים לכך שקבלת התביעה לא תביא להפחתת/הוספת זכויות וזאת לאור סכום התביעה הפרטני והכולל הנמוך (שנטען ע"י ב"כ המשיבות כי אף רחוק מהערכת המבקשים) ולאור מנגנון ההתאמה הקבוע בסעיף 64 לתקנון המשיבות (מ4 ס 10.1.1). מסיבה זו, ניתן לראות את ההפרשים שלא שולמו, לאורך כל השנים, כמוחזקים למעשה בעתודות המשיבות ואין כל סיבה שלא "ישוחררו" לחברי הקבוצה חלף העברתם אולי, בעתיד (שכן, על פי ס 64 הנ"ל לתקנון העמיתים זכאים להחזר זכויות במקרה של עודף אקטוארי), לעמיתים שאינם זכאים להם.

12.4.3. יתר הטיעונים – מדובר בהפרה "רחבת היקף"¹³ ולכן נראה כי האמור אינו רלוונטי. בנוסף, אין כל יעילות כלכלית (אלא חוסר יעילות) בהטלת חובה על כל פורש לבצע את תחשיבי הפרישה בעצמו. יודגש, כי אין מדובר בפריצת גדר ההתיישנות בכל הנוגע לתביעות פרטניות נקודתיות (כמו עניין ויינגרט) העשויות להעמיס עלויות על המשיבות (שאז ייתכן שמתקיימת תכלית הגנת ההתיישנות שנסקרה) וכן לא מדובר בתחולה פרשנית משמעותית "חדשה" או בסכומים משמעותיים לכל עמית (שגם אז ייתכן שמתקיימת כל תכלית הגנת ההתיישנות שנסקרה) – עסקינן בהפרשים קטנים המגיעים בבירור על פי חוק לאלפי גמלאים, הם מוחזקים שלא כדין בקופות המשיבות ומוטב היה שהיו משולמים כבר, ללא טענות סרק, ויפה שעה אחת קודם.

13. לסיכום נושא ההתיישנות – החלטת בית הנכבד אינה עולה בקנה אחד עם החריגים לחוק ההתיישנות, בפרט לאור סטנדרט הזהירות המופחת. למעשה, לאור הנסיבות המובהקות דנן, היא מותירה את נושא החריגים למקרים חריגים של תרמית או הונאה, וזאת בניגוד לרוח תיקוני החוק ובניגוד לפסיקה מנחה. יתרה מזו, בית הדין הנכבד כלל לא ערך דיון בנושא חוסר התכלית של הטענה בנסיבות הספציפיות וגם בשל כך יש לתקן את החלטה. בכל אופן, לא היה מקום להכרעה המסלקת חלק מהתביעה על הסף בשלב מוקדם שכזה.

¹² ראו בג"ץ פורסט לעיל וגם בג"ץ קוריציני.

¹³ ראו עניין עפרה אילן לעיל.

14. **בשולי הדברים**, והגם שאין בכך צורך יוער, כי גם התוצאה הצפויה לפיה יוחזרו כספים על פני כמעט 20 שנה אינה חריגה כלל בנוף התובענות הייצוגיות ולמעשה גם במסגרת תיקים רבים ומפורסמים בסדרי גודל אחרים שהוכרעו ומתנהלים (כעשור) כנגד חברות ביטוח וקרנות פנסיה מוחזרים/צפויים החזרי כספים על פני תקופות דומות וזאת גם כשחלה הגנת ההתיישנות. העובדה שסכום ההחזר הצפוי בתיק דן הינו קטן, העובדה שהמשיבות הינן גופים עצומים וכן שמדובר במעין קופת נאמנות/התחשבות סגורה (גם אם יבוצע איזון אקטוארי - ולא צפוי כזה גם אם תוגשנה 100 תביעות דומות), כולן מחזקות את המסקנה לפיה יש להשיב את הפרשי הגמלה לכל הזכאים להם, עוד בחייהם.

ב. רכיב שני בערעור – הפסיקה בנושא "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה"

15. כאמור, בית הדין הנכבד דלמטה צמצם את הגדרת הקבוצה רק לגבי מי שפרשו ממבטחים מפברואר 2022, זאת לאור **טענת המשיבות**, כי, **כביכול**: "איתור הגמלאים ששכרם הקובע הושפע מהתקרה מתוך אלה שפרשו לגמלאות מאוקטובר 2003 ועד ינואר 2012 יהיה מסובך, יחייב בדיקה פרטנית...ודאי בהינתן מגבלות האנוש...".

16. **בפתח הדברים**, והגם שההחלטה מתייחסת ל-"דרך היעילה וההוגנת להכרעה", יוער, כי לאור חריגותה של ההחלטה הנ"ל (כפי שיפורט להלן) והיעדר נימוק ותימוכין מספיקים, נוצר הרושם כי בפועל הוחלה בעניינם של העמיתים מעין דוקטרינה של "בטלות יחסית", ללא הצדקה בנסיבות. בית הדין הנכבד מופנה אם כן לסקירת נושא זה בסעיפים 3-6 לעיל, ויוער, כי בפועל, בעוד שבית הדין ביקש לאמץ את ההלכה בבג"ץ **פיורסט**, בנושא העילה המתחדשת, תוצאת ההחלטה, חותרת, למעשה, תחת ההכרעה והערות בית המשפט שם. כן יוער, כי קבלת הערעור ברכיב זה מקשה מאוד על טענות המשיבות בנושא ההתיישנות (בפרט לאור מיקוד טענותיהן בנושא) ולמעשה תביא למצב בו "ייפתחו" התיקים כולם, יערך חישוב מתאים לגבי ההפרש המגיע על פי חוק אולם (אם תתקבל טענת ההתיישנות) תבוצע השבה חלקית, בהיעדר תכלית מתאימה/שנטענה. יש לקוות שזה לא מה שעמד בבסיס ההחלטה.

17. כללי – על כימות היקף הנזק בשלב התובענה עצמה

17.1. בית המשפט העליון הבהיר לאחרונה בבג"ץ **קסטרו**¹⁴ שבדיקת היקף הנזק (לרבות אם קיים) צריכה להיעשות רק בשלב התובענה, לאחר שהוכרעה הסוגיה בנוגע לקיומה של - "אפשרות סבירה", וכן שנתבעים לא יכולים להתחמק מפיצוי בטענה ל "חישוב סבוך" (גם אם הוכחה):

"בכל הנוגע להיקף הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה ולפיצוי הכספי המגיע לו בגין כך – עניין זה צריך מעצם טיבו לעמוד לבחינה של הערכאה הדיונית במסגרת הדין בתובענה הייצוגית לגופה, בשים לב לפתרונות שהציע המחוקק כמפורט בסעיף 20 לחוק. ככל שיתברר בסופו של דבר כי זכויותיהם של חברי הקבוצה קופחו – אין להלום גישה שלפיה הם ייוותרו ללא פיצוי רק בשל מורכבות החישוב.

סיכומו של דבר – גם הצורך בחישוב פרטני סבוך, אין בו בנסיבות המקרה כדי למנוע את אישור התובענה כייצוגית."

14 בג"ץ בית המשפט העליון 5148/18 אור שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה, קסטרו מודל בע"מ, היועץ המשפטי לממשלה

17.2. ואכן, בפסיקת בתי המשפט נקבע, לא פעם, כי תכלית התובענה הייצוגית, הינה, בין היתר, חיסכון בעלויות וזאת באמצעות חישובים מרוכזים על בסיס נתונים שבידי הצדדים ואשר אינם שנויים במחלוקת פרטנית או טעונים עדויות. העובדה שסכום ההשבה נגזר מחישוב אינדיבידואלי אינה שוקלת כאשר הנתבעות, התובעים או מומחה מטעם הצדדים/מטעם בית המשפט יכולים לבצע את החישובים ו/או פילוח הנתונים. האמור מקבל משנה תוקף שמדובר בסכומים נמוכים. כך למשל נפסק בעניין **קירשנבלום**¹⁵ וכך גם נפסק, בבית דין נכבד זה בעניין **עתליה אביגל**¹⁶, ואפילו בעניין **קסטרו**¹⁷ שטרם הכרעת בג"ץ הובהר על ידי בית הדין הנכבד, כי בירור מהסוג הנדרש בתובענה דנן אינו מונע אישור התובענה.

17.3. בהתאם, נפסק, לא פעם, כי בשלב הבקשה אין צורך לכמת בדיוק את מספר חברי הקבוצה וכי הדבר מתאים שיעשה בשלב הבירור בתביעה, על ידי בודק או בדרך אחרת. כך, למשל, בעניין **בר נ כלל**¹⁸ ובדומה בעניין **אגד**¹⁹.

18. מן הכלל אל הפרט - שגה בית הדין הנכבד כשהחליט לצמצם את הגדרת הקבוצה

18.1. המערערים פירטו היטב במסגרת הבקשה והתשובה לתגובה מדוע תובענה ייצוגית הינה "הדרך היעילה וההוגנת" בנסיבות דנן, וזאת בניגוד לקושי והעלויות שבהגשת תביעות פרטניות (מ 2 ס 21.2). המערערים גם פירטו, כבר במסגרת הבקשה, כיצד ניתן לבצע את חישוב ההפרשים המגיעים בצורה פשוטה יחסית (אפילו באופן "ידני" – מ 2 ס 15.3). חישוב זה יכול שיעשה אף ע"י המשיבות/מומחה מטעם הצדדים/בודק מטעם והוא אינו כרוך **בבירור** פרטני. המערערים אף הסבירו מדוע ההפרה רלוונטית לאחוז נכבד מהגמלאים (מ 2 ס 10). הנטל עבר למשיבות.

18.2. המשיבות כלל לא הביאו ראיות, נתונים, הצהרות או אפילו טענות קונקרטיות במידה הנדרשת בכדי לסתור, הן לא העידו את מנהל מערכות המידע שלהן, וכל שטענו באופן כללי כי התיקים של העמיתים שפרשו לפני 2.12 "סרוקים" וכי החישוב כרוך בעלויות. וכדברי העד מטעמם (מ 5 ע 16 ש 21): **"כל מה שנמצא במערכת התפעולית זה משנת 2012 וזה לא בעיה. אדייק ואמר שזה יותר קל. לגבי שנים קודמות זה לא במערכת הממוחשבת ומטבע הדברים זה יהיה יותר קשה"**. ובהמשך הסתייג לגבי נתונים ממוחשבים: **"אני לא יודע אם הנתונים קיימים אני יודע שהמערכת לא קיימת...אני לא איש מערכות מידע"**.

18.3. במאמר מוסגר, יוער, כי לאור מהות המשיבות והחובות החוקיות החלות עליהן ברור כי הנתונים שהוקלדו בעבר עדיין קיימים (גם אם לא במערכת הנוכחית) ובכל אופן כי, בעידן הנוכחי של השימוש בבינה מלאכותית (משוהבהר כי התיקים לפחות "סרוקים") מלאכת דליית הנתונים מהתיקים הסרוקים הינה מלאכה שיכולה להתבצע באופן אוטומטי, מדויק יותר מבן אנוש, ובעלויות זניחות (בדרך זו מפקיד כבי המותב שיקים כתובים בכתב יד בכספומט, והמתמחה עושה חיפוש ביטויים בספרים שנסקרו על ידי "Google Books" – המדובר במודלים כמעט חינומיים שניתן למצוא בחיפוש באינטרנט – Data Extraction). לכן,

¹⁵ ת"צ 58029-11-14 מנחם קירשנבלום נ' רשות המסים (פסק דין מיום 9.12.19).

¹⁶ עע בית הדין הארצי לעבודה 33793-12/16 עתליה אביגל, ויאצ'סלב גוזנפוד, אפרת אנטמן נ' באג מולטיסיסטם בע"מ ובאופן דומה גם לאחרונה בבית הדין האזורי בעניין תצ 70365-02/20 נינה דרעי נ' אספרסו קלאב בע"מ 15/02/2022

¹⁷ ע"ע, 36096-02-16 ע"ע 7386-02-16 קסטרו מודל בע"מ - אור שחם

¹⁸ ת"צ 13-05-13982 בר נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (מחוזי ת"א 30.8.15)

¹⁹ תצ מחוזי 22057-08/13 אהרן פלס נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – 31.12.15

זו אף משימה שהח"מ /בודק מטעם יכולים לבצע גם בעצמם, ואולי מסיבה זו כבר לא ראוי שזו טענה שתישקל בפסיקה (וזו כנראה הסיבה שלא הועד מנהל מערכות המידע).

18.4. בכל אופן, גם אם נדרשות המשיבות לעשות את המלאכה באופן ידני (ככל שלא יחזרו בהן מכוונתן לקחת על עצמן את החישוב ובדיקת הזכאות, שאחרת החישוב יבוצע על ידי מומחה מטעם המערערים/בית הדין), וגם אם זו מלאכה עצומה, הרי שזו מלאכה טכנית שאינה כרוכה בבירור פרטני (קובץ חישוב אחד כללי – פונקציה), היא משתלמת יותר מהגשת מספר עצום של תביעות פרטניות, ומשכך פסיקת בית הדין הנכבד אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה לעיל שנסקרה. לעניין זה יודגש, כי הנתונים הבסיסיים הנדרשים לשם ביצוע החישוב, שפורטו במסגרת הבקשה, אינם לקוחים ממערכות תפעול כזו או אחרת אלא מהתקנון החל מאז שנת 2003 וכן, כי, ממילא, העמיתים שפרשו לפני שנת 2012 מוסיפים לקבל גמלה מהמשיבות גם בעידן מערכת מפנה (כך שלפחות עניין הזנת הנתונים האישיים ופרטי התשלום נחסך). כאמור, המשיבות עצמן גם הבהירו (מ3 ס 93.2) – ובוודאי לא סתרו – כי לא מדובר במלאכה לא משתלמת של "חיפוש מחט בערימת שחתי".

18.5. גם התוצאה לפיה עמית שפרש בחודש ינואר 2012 לא יקבל השבה במסגרת התובענה, בניגוד לחברו שפרש חודש לאחר מכן, ורק בשל כך שהמשיבות עדכנו את מערכת התפעול הפנימית שלהן, מעוררת תחושה של חוסר צדק ותומכת בכך שמדובר בהחלטה שגויה. האמור מקבל משנה תוקף לאור זאת שלגבי חלק מהמשיבות המעבר למערכת החדשה התבצע רק לאחרונה כביכול, וכי יתכן שייפסק, כי גם מרבית עמיתיהן מוחרגים מהתובענה.

18.6. לסיכום, שגה בית הדין הנכבד גם כשצמצם שלא לצורך, בניגוד לתכלית החוק והפסיקה, ובכל הכבוד שלא על בסיס שיקולים רלוונטיים את גודל הקבוצה, בשלב זה.

בית הדין הנכבד מתבקש אפוא לקבל את הערעור ולהורות על אשור הבקשה, לכלל חברי הקבוצה שהתבקשה (כפי שהוגדרה), ללא הגבלת (תקופת) הסעדים, או, לחלופין, להורות לבית הדין הנכבד דלמטה לשקול את הטענות לעיל וליתן החלטה מנומקת בנושא, וכן לחייב את המשיבות בהוצאות ושכ"ט עו"ד.

נדב חיים עו"ד (ר"מ)
מ.ה. 48886

נדב חיים, עו"ד
ב"כ המערערים

רשימת אסמכתאות מהמאגרים המשפטיים -

LawData

- ע"ע 17/03 מריו ווינגרט – מבטחים 9.5.05 (להלן: "עניין ווינגרט")
- בג"ץ 3514/07 מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פיורסט בע"מ (13.5.2012. להלן: "בג"ץ פיורסט").
- בג"צ 2944/10 אברהם קוריצקי ואח' נגד בית הדין הארצי לעבודה
- ע"ע 533-09 עופרה אילן ו- 24 אח' נ' שירותי בריאות כללית, מיום 15.06.2011
- רע"א 4705/22 חוה אליהו נ. עדנה ישראל - פור (אליהו) (29.9.22)
- ת"צ 10538-02-13 עמותת הצלחה – לקידום חברה הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח' פורסם בנבו (19.1.20)
- עב' (באר-שבע) 1319/99 - אלברט אוזן ואח' נ' "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ בניהול מורשה ואח' (תקדין 6.8.2003)
- רע"א 901/07 הועדה לאנרגיה אטומית נ' גיא-ליפל, 19.9.2010 - פורסם בנבו
- בג"צ בית המשפט העליון 5148/18 אור שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה, קסטרו מודל בע"מ, היועץ המשפטי לממשלה (11/07/2022)
- ת"צ 58029-11-14 מנחם קירשבלום נ' רשות המסים (פסק דין מיום 9.12.19)
- ע"ע בית הדין הארצי לעבודה 33793-12/16 עתליה אביגל, ויאצ'סלב גוזנפוד, אפרת אנטמן נ' באג מולטיסיסטם בע"מ
- תצ 70365-02/20 נינה דרעי נ' אספרסו קלאב בע"מ 15/02/2022
- ע"ע 36096-02-16 ע"ע 7386-02-16 קסטרו מודל בע"מ - אור שחם
- ת"צ 13-05-13982 בר נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (מחוזי ת"א 30.8.15)
- ת"צ מחוזי 22057-08/13 אהרן פלס נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – 31.12.15