

בעניין שבין:

התובעים/משיבים

1. מוריה דיין
2. רמי דיין
3. ראם דיין (קטין- באמצעות הוריו)
באמצעות ב"כ נעם שרייבר, עו"ד
מרח' בן יהודה 34
מגדל העיר קומה 15
ירושלים 9423001
טל': 02-633-6300 פקס': 02-672-1767

-נגד-

המבקשת:

קופת חולים מאוחדת
באמצעות הלשכה המשפטית
רח' אבן גבירול 124
תל-אביב
פקס': 03-500-6711

משיבה פורמאלית:

ביקורופא בע"מ
באמצעות משרד עו"ד יהודה רוה ושות'
רח' לינקולן 20 תל-אביב
טל': 03-562-0303, פקס': 03-561-8558

תגובת התובעים לבקשה (השנייה) לסילוק על הסף מטעם הנתבעת 1

בהתאם לתקנה 241(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, התובעים מתכבדים להגיש בזה את תגובתם לבקשה לסילוק על הסף (להלן- "בקשת הסילוק") מטעם הנתבעת, קופת החולים מאוחדת (להלן- "קופ"ח").

1. בתמצית, דין בקשת הסילוק להידחות מכמה סיבות מרכזיות:

(א) טענת קופ"ח שלפיה שירות "ביקור בית" אינו ניתן במהלך היום היא טענה עובדתית שגויה. כפי שנציג להלן (סעיפים 10-3 להלן), קופ"ח, באמצעות חברת ביקורופא בע"מ (להלן- "ביקורופא"), מספקת שירותי ביקור בית בכל ימות השבוע וגם במהלך היום.

(ב) גם בהנחה (המוכחשת) כי שירותי "ביקור בית" אינם זמינים בשעות היום, עילת התביעה שרירה וקיימת. מדיניות ההפליה של קופ"ח גלומה בתוך מדיניות מפלה של קופ"ח וחברת ביקורופא שלפיה אין שירותי ביקור בית מעבר לקו הירוק. עובדה זו – כשלעצמה – יוצרת את עילת התביעה מכוח חוק

איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן - "חוק איסור הפליה")¹ (ראו להלן, סעיפים 11-17).

2. כעת נרחיב על טענות אלו.

בפועל, קופת החולים, באמצעות ביקורופא, מספקת שירותי ביקור בית גם בשעות היום

3. טענה מרכזית של קופ"ח מבוססת על הנחה **עובדתית** שגויה שלפיה קופ"ח ממילא אינה מספקת שירותי ביקור בית במהלך שעות היום. ראו סעיף 6 לבקשת הסילוק: "בהתחשב במועדי האירוע המתוארים בכתב התביעה, התובעים לא היו זכאים לשירותי ביקור רופא בבית." טענה זו היא שגויה. שירותי ביקור בית ניתנים בכל שעות היום וכל תושב ישראל (מבוטח קופ"ח) – זולת תושבי איו"ש – המזמין שירותי ביקור בית במהלך היום, לא יקבל תשובה שהשירות אינו ניתן בשעות אלו.²

א) קופ"ח נימקה את הסירוב לתת שירות בגין מקום מגורי התובעים באיו"ש

4. כפי שמתואר בכתב התביעה המתוקן, הנציגה מטעם מאוחדת הפנתה את התובעת ישירות לחברת ביקורופא ולא ציינה בפניה כי השירות אינו ניתן בשעות היום. לאחר מכן, בשיחה עם נציגת ביקורופא, הובהר לתובעת כי השירות אינו ניתן באזור מגוריה (כתב התביעה המתוקן, סעיפים 19-23). [יש לציין כי קיימת אף שיחה מוקלטת בין התובעת לבין קופ"ח שבה נציגה הקופה כלל אינה מודיעה כי השירות אינו ניתן במהלך היום].

5. יתירה מזו, לאחר הסירוב, בתאריך ה-12.11.2018, שלחו התובעים מכתב לקופ"ח בעניין ההפליה (נספח 3 לכתב התביעה המתוקן). קופ"ח השיבה בתאריך ה-14.4.2019 (כ-6 חודשים לאחר פניית התובעים) באופן הבא (נספח 4 לכתב התביעה המתוקן):

מאוחדת עושה כל שביכולתה לספק שירות איכותי מהיר ויעיל בפריסה ארצית עד כמה שניתן. לצורך כך אנו פועלים ככל שביכולתנו לספק פריסה מלאה של השירותים הרפואיים למבוטחנו בפריסה ארצית בהתאם להוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי והתקנות הנלוות אליה.

מאוחדת פועלת להסדיר גם שירות זה באזורכם כפי שהיא פועלת להסדיר את כלל שירותיה הרפואיים בכל אזור בארץ, הן באמצעותה והן באמצעות נותני שירותים מטעמה.

¹ בבקשה הסילוק, קופ"ח אינה מבחינה בין עילות השונות שבכתב התביעה המתוקן. אולם, גם בהנחה כי קופ"ח סבורה שטענותיה חלות על כל עילות התביעה, עדיין יש לדחות את הבקשה מן הנימוקים בתגובה זו.


² קופ"ח מדגישה כי שירותי ביקור בית ניתנים מכוח תקנון השב"ן (סעיפים 4-6 לבקשת הסילוק). אמנם אין חולק כי התובעים אכן היו מבוטחים ב"ביטוח שיא"- התביעה אינה מבוססת על עובדה זו. אכן, כתוצאה מבקשת הסילוק הראשונה מטעם קופ"ח, העילה "החוזית" הוסרה. כעת, עילות התביעה הינן כלליות ומופנות כלפי מדיניות ההפליה הכללית של קופ"ח + ביקורופא כלפי תושבי איו"ש. כמו כן, שלא כמו טענת קופ"ח, לא מדובר בהרחבת חזית. הטענות הנוכחיות של התובעים נכללו גם בתביעה המקורית ובוודאי גם בתביעה המתוקנת.

6. במילים אחרות, לאחר חצי שנה שבמהלכה יכלה קופ"ח להשיב באופן פשוט (על פי טענתה) כי השירות ממילא אינו ניתן בשעות היום, בחרה קופ"ח להודות שאכן – כטענת התובעים – אין השירות ניתן מעבר לקו הירוק, אך היא פועלת להסדיר את העניין (אך טרם עשתה זאת, נכון להיום). מכתב מנומק זה מחזק את המסקנה שלפיה – בפועל – ניתן לקבל את שירות "ביקור בית" במהלך שעות היום (בנוסף לשעות הלילה), אך בתעריף שונה.

7. אלא, שהנכון הוא ששירות "ביקור בית" ניתן – בפועל – בכל שעות היום (בכפוף לתעריפים שונים) – זולת לתושבי איו"ש. לפיכך, יש לדחות את בקשת הסילוק מכיוון שלמעשה שירותי "ביקור בית" ניתנים גם במהלך היום.³

(ב) האתר של ביקורופא מראה כי שירותי "ביקור בית" ניתנים גם במהלך היום

8. כפי שהציגו התובעים בכתב התביעה המתוקן, שירותי "ביקור בית" ניתנים בכל ימות השבוע, כולל בשעות הבוקר וצהריים (ראו סעיף 6 לכתב התביעה המתוקן). כך עולה במפורש באתר של ספק קופ"ח, ביקורופא:

 **מאחדת**
אין זמן טוב

לקוחות מאוחדת נהנים משירות בתשלום סמלי בערבי חג ובחגים ומשירות ללא עלות מהשעה 18:00 ביום שישי ועד השעה 19:00 במוצאי שבת ברוב מרפאות הרשת. בנוסף לכך הם זכאים, בחלק משעות היום, לביקורי בית בתעריף מוזל.

- [חלק מצילום מסך מתאריך ה-30.12.2019, www.bikurofe.co.il].

9. על פי הנטען בכתב התביעה המתוקן, מבוטח מאוחדת זכאי לשירות "ביקור בית" גם בשעות היום, אם כי לפי תעריף שונה:

³ יש גם להוסיף כי בהתאם להנחה השגויה של קופ"ח, במועד הזמנת השירות על ידי התובעים התקיימו – לפחות – שתי סיבות לסיור: אחת מפאת מקום מגוריהם ושנית עיתוי ההזמנה. למה יש בעובדה זו (שהיא ממילא מוכחשת) כדי לאיין את עילת התביעה? לצורך השוואה, מצא הח"מ פסיקה בארה"ב שהתמודדה עם טענה הדומה במהותה לטענת קופ"ח כאן. אותה פסיקה עסקה בשאלת חוקתיות הכללת אדם בתוך "רשימה שחורה" של הרשויות הפדראליות, דבר המנע מעותר לטוס לארה"ב. הנתבעים שם טענו – בדומה לקופ"ח כאן – כי לתובע ממילא אין ויזה לארה"ב, כך שאין פגיעה בזכויות כלשהן. בית המשפט הפדראלי לערעורים שם דחה טענה זו וציין כדלהלן:

As the district court correctly observed, while obtaining a visa may stand as a potential obstacle to her entry into the United States, it does not completely foreclose redressability. **Ibrahim is not required to solve all roadblocks simultaneously and is entitled to tackle one roadblock at a time.**
Ibrahim v. Department of Homeland Sec., 669 F.3d 983 (9th Cir. 2012).

במילים אחרות, נקבע כי ניתן לתקוף מכשול אחד אחד והעובדה כי ממילא אין לתובע אפשרות לקבל את הדבר המבוקש (כאן- שירותי ביקור בית, שם- כניסה לארה"ב) אינה מאיינת את עילת התביעה.

היכן תרצו לפגוש את הרופא	באיזה ישוב?	גיל	קופת החולים או הביטוח ש
בבית	ירושלים	18	מאוחדת

המחיר כעת הוא 250 ₪

ללקוחות מאוחדת בימי חול - 6:00-19:00.

- [החישוב בוצע באותו אתר הנ"ל בתאריך ה-30.12.2019, יום שני בבוקר בשעה 25: 8].

10. לאור האמור, טענת קופת החולים (וגם טענת ביקורופא בכתב הגנתה) שלפיה השירות אינו ניתן במהלך היום רחוקה מלהיות מדויקת. על פי אתר ביקורופא, ברי הוא כי שירותי "ביקור בית" ניתנים גם במועד שבו הזמינו התובעים עבור בנם.

התובעים התקשרו עם קופת החולים באמצעות פוליסת ביטוח מפלה וקמה לזכותם עילת תביעה

11. בנוסף להנחה העובדתית השגויה, קופ"ח גם נפלה לכלל הנחה **משפטית** שגויה. בתיק זה קיימת עובדה פשוטה שאין עליה עוררין והיא שקופת החולים, באמצעות ביקורופא, מספקת שירות "ביקור בית" בכל מקום/יישוב בישראל "**למעט** יהודה, שומרון, חבל עזה וכל יישוב אחר מעבר לקו הירוק" (סעיף 13 לכתב התביעה המתוקן). המסקנה המתחייבת היא שקופ"ח מחתימה מבוטחיה על פוליסות ביטוח המפלות את תושבי איו"ש.

12. כאמור, עמדת קופ"ח היא שמאחר והתובעים ניסו להזמין את השירות המבוקש בשעות היום, הרי לא קמה להם עילת תביעה. זאת, מאחר ועל פי טענת קופ"ח שירות זה ממילא אינו ניתן בשעות היום. טענה זו הוכחה עובדתית לעיל. אולם מעבר לכך - עמדה משפטית זו שגויה כשלעצמה והיא מבוססת על ההנחה השגויה שלפיה עילת התביעה נוצרת אך ורק בנסיבות בהן נפגע - בפועל - מנסה לקבל שירות/מוצר ונתקל בסירוב. אולם, שלא כהנחת קופ"ח, עילת התביעה מכוח חוק איסור הפליה נוצרה דווקא בשעה שקופ"ח אימצה מדיניות מפלה במסגרת התקשרותה עם ספק השירות ביקורופא לפיה שירות ביקור בית אינו ניתן מעבר לקו הירוק.⁴

13. האחריות של קופ"ח הייתה שרירה וקיימת מאז התקשרות התובעים בפוליסה מפלה. הניסיון לקבל את השירות וההיתקלות בסירוב אך ורק חשפה וגילתה לתובעים כי הם אכן מופלים לרעה, כמו יתר תושבי איו"ש.⁵ השוו לסעיפים 13-4, 39-28 של כתב התביעה המתוקן). במילים אחרות, הסירוב של קופ"ח היווה

⁴ עמדת קופ"ח (וגם זו של ביקורופא) תעודד ותחייב "תובעים פוטנציאליים" לחוות אירוע הפליה טרם הגשת תביעות, וזאת גם כאשר אין ספק כי נותן השירות נוקט במדיניות מפלה.

⁵ ניתן לחדד ההבחנה זו באמצעות הבחנה ששימשה את האסכולה הידועה במשפט העברי כ"שיטת בריסק" - שיטה אנליטית ללימוד גמרה והלכה - שפותחה בתורתו של ר' חיים הלוי סולובייצ'יק, איש בריסק (ליטא) ומגדולי חכמי ההלכה במאה ה-19. לפי גישה זו, פעמים רבות ניתן לנתח סוגיה משפטית באמצעות הבחנה בין "סיבה" או "סימן", כלומר האם הדין או האירוע הוא הגורם לדין או שהדין קיים בפני עצמו והנושא/האירוע

עבור התובעים אינדיקטור כי קופ"ח נוקטת במדיניות מפלה, שהיא המקור לעילת התביעה.⁶ דבר זה פשוט הוא ותמוהה, אפוא, עצם הגשת הבקשה לסילוק על הסף.

14. בעניין זה, נפנה לת"ק (י-ם) 16317-11-18 **אופיר כהן נ' פנגו פיי אנד גו בע"מ** (נבו, 20.10.2019) (להלן - "**כהן נ' פנגו**") שבו נאמר כך (תחילת עמ' 9):

מעבר לנדרש, לו יתואר מקרה שהתובע היה מבקש להתקשר עם הנתבעת למתן שירותים מעבר לקו הירוק והנתבעת הייתה מסרבת, גם במקרה כזה, ובלעדי שימוש בשירות בפועל, הייתה תחולה לחוק איסור הפליה.

15. באותו משקל, לו תצויר מציאות שבה התובעים רק ביררו עם קופ"ח לגבי זכותם לקבלת שירות ביקור בית באזור מגוריהם וקופ"ח הייתה מודיעה לה כי שירות זה אינו ניתן (כפי שהיא עשתה במקרה הנוכחי) הרי שהיו יכולים התובעים גם כן להגיש תביעה. כמו אצל **כהן נ' פנגו**, אותה שיחת בירור אינה יוצרת את עילת התביעה, אלא חושפת שאכן קיימת הפליה פסולה. השוו גם לת"צ (מרכז) 8214-05-14 **רונן מירב נ' אי.די.אי. חברה לביטוח בע"מ** (נבו, 30.8.2016) (הצעת מחיר מפלה מקימה עילת תביעה אישית). השוו גם לסעיף 3(1ג) לחוק איסור הפליה ("לעניין סעיף זה, רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין.")

הנדון מהווה סימן בלבד אך לא הגורם לדין. להלן דוגמא ליישום חקירה זו בדיני נזיקין תלמודיים (מתוך אתר ויקיפדיה):

דוגמה בולטת לחקירה זו קיימת בדינם של שור תם ושור מועד. שור שנוגח פעם, פעמיים או שלש, נחשב "שור תם", ואילו מהפעם הרביעית הוא נחשב "שור מועד". להלכה קיימים כמה וכמה הבדלים בין שור תם למועד. כאן באה שיטת בריסק ושואלת: מהו גידרה של הנגיחה שלש פעמים; האם העובדה שהשור מתרגל לנגוח פעם אחרי פעם, הופכת אותו לשור מועד, שהרי השור מרגיל את עצמו בהתנהגות עצבנית ונגחנית? אם כך הוא, הדין של שלש פעמים הוא בבחינת "סיבה" לדין המועדות. מאידך ייתכן, שבעצם כבר מהפעם הראשונה היה לשור האופי הבעייתי הזה, והנגיחה החוזרת ונשנית אינה הופכת את טבעו, אלא שאנו לא ידענו על טבעו הרגזני עד שנוכחנו שהוא נוגח וחוזר ונוגח וחוזר ונוגח. הנגיחות המרובות אינן משפיעות על טבעו של השור אלא מלמדות אותנו על טיבו ועל כך שהוא מועד להזיק. לפי זה הנגיחה שלש פעמים היא בבחינת סימן אך לא סיבה. לחקירה זו ודומותיה ישנן גם משמעויות הלכתיות למעשה.

לענייננו, בבקשת הסילוק קופ"ח מתמקדת באירוע הסירוב. אך, אירוע זה אינו אלא "סימן", בלשון בריסקאי, להפליה שהייתה כבר קיימת. "הסיבה", לעומת זאת, הייתה קיימת מרגע שהתקשרה קופ"ח עם התובעים בפוליסה מפלה והתגלתה רק בשעה שניסו להזמין.

לעניין השימוש בעקרונות "בריסקאיים" בפסיקה, ראו ע"א 6539/09 **הוועדה המקומית לתו"ב "לב הגליל" נ' כמאל מוחמד נסאר** (נבו, 4.4.12), סעיף 4 וכן ע"א 3425/17 **Societe des Produits Nestle נ' אספרסו קלאב בע"מ** (נבו, 7.8.2019), סעיף 43 (יישום ההבחנה הבריסקאית "חפצא/גברא").

⁶ העובדה שניסו התובעים לקבל את השירות ונתקלו בסירוב היא גם רלבנטית לעוצמת ההטעיה. על פי המתואר בכתב התביעה, לא ידעו התובעים אודות הגבלת מתן שירות ביקור בית באיו"ש עד לתאריך ה-12.11.2018 (ראו כתב התביעה המתוקן, סעיף 17).

16. כך, גם אם נקבל את טענת קופת החולים (המוכחשת) שלפיה שירותי "ביקור בית" לא היו זמינים בשעות שבהן ניסו התובעים להזמין, עילת התביעה קיימת ושרירה. בדומה ל**כהן נ' פנגו**, אין לצפות מהתובעים להמתין לאסון נוסף שיתרחש דווקא בלילה – בשעות שהמרפאות סגורות – כדי לנסות לקבל שירותי ביקור בית, כאשר ברור הוא שקופת החולים – באמצעות ביקורופא – הייתה מסרבת לספק להם את השירות מחמת מקום מגוריהם.

17. לפיכך, בהנחה שהעובדה העיקרית בכתב התביעה המתוקן היא אמת – קרי: קופת החולים, באמצעות ביקורופא, אינה מספקת שירותי ביקור בית מעבר לקו הירוק, יהא מועד ההזמנה אשר יהא – קמה לתובעים עילה לפי חוק איסור הפליה.

סיכום וסוף

18. לאור האמור לעיל מתבקש לדחות את בקשת הסילוק, בוודאי בהתחשב בהלכה לפיה אין לסלק תביעה על הסף אלא אם ברור כי לא קיימת אפשרות, ולו קלושה, לכך שהתובע יצליח בתביעתו. רע"א 6340/19 **טאבטייל נ' אורן קושניר** (נבו, 25.2.2020), סעיף 12, וכן תא"מ (י-ם) 66874-05-18 **שלום אפרים נ' פ.א. מרכז הדלת, מיגון ועיצוב בע"מ (נבו, 27.3.2019)**, עמ' 5 להחלטה.

19. כתב התביעה אינו רק מגלה עילת תביעה, אלא מגלה עילת תביעה איתנה.

20. עילת ההפליה (וממילא ההטעיה) באה לעולם שעה שקופ"ח אימצה מדיניות מפלה ואינה קשורה לאותו אירוע סירוב במהלך חודש נובמבר 2018. העובדה כי ניסו התובעים לממש את זכותם ונתקלו בסירוב חשפה את הפגיעה (ולא יוצרת אותה) ואינה רלבנטית לעצם קביעת האחריות מכוח חוק איסור הפליה או העילות השונות שבכתב התביעה המתוקן.

21. ניסיון קופ"ח להפוך תביעה זו לעניין עובדתי גורלו לדחייה. כמו כן, כפי שהצגנו לעיל, ההנחה העובדתית של קופ"ח שלפיה שירותי "ביקור בית" אינו ניתן במהלך היום אף היא שגויה. כפי שהצגנו לעיל בהרבה וכפי שכל אחד יכול לבדוק בקלות על ידי שיחת טלפון עם נציגי הנתבעים, שירותי "ביקור בית" ניתנים לכלל ציבור מבוטחי מאוחדת בכל שעות היום.

22. בנוסף, מתבקש להשית על קופ"ח הוצאות משפט בגין בקשה זו.

[חתימה אלקטרונית]

נעם שרייבר, עו"ד
ב"כ התובעים

תאריך: י' אייר תש"ף, 4 מאי 2020