

מעקב פסיקה

ת"צ (שלום י-ם) 32077-05-19 אורית אופיר נ' בית החולים משגב לדך (פורסם בנבו, 10.02.2020); ערכאה: בית משפט השלום בירושלים, מפי סגנית הנשיא דורית פיינשטיין:

בית משפט השלום בירושלים, מפי סגנית הנשיא דורית פיינשטיין, דחה בקשה (שהגישו המשיבות – בית החולים משגב לדך וקופת חולים "מאוחדת") לסילוק על הסף של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, וזאת בין היתר בשל מורכבות השאלה המשפטית המרכזית העולה מבקשת הסילוק על הסף, והיא מעמדן של קופות החולים לצורך פרשנות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.¹

הבקשה לאישור הוגשה בגין הטענה כי המשיבות גרמו למטופליהן לעבור בדיקות קולונוסקופיה שלא לצורך. זאת, מאחר שלא יידעו את המטופלים על האפשרות לבצע בדיקה חלופית שאינה כרוכה בתשלום ולא הסבירו או הזהירו על השימוש בתרופות שיש ליטול טרם ביצוע הבדיקה. בכך, הביאו המשיבות הן לפגיעה באוטונומיה של המטופלים ובאפשרותם לתת הסכמה מדעת לביצוע הבדיקה, והן לפגיעה בכיסם, לאור גובה ההשתתפות העצמית הנדרשת בביצוע הבדיקה ועלות התרופות שיש ליטול בטרם ביצועה. המשיבות הגישו בקשה לסילוק בקשת האישור על הסף בשל שלוש טענות עיקריות: (1) חוסר סמכות עניינית לבית המשפט לדון בתובענה, אשר שמורה בנסיבות דנן לבית משפט לעניינים מנהליים, מאחר שהסעד הכספי המבוקש נכנס בגדר ס' 5(ב) לחוק² (כאשר יש לראות בקופת החולים כ"רשות", ואת פעולתה אשר במרכז הבקשה לאישור כ"החלטה של הרשות", וזאת לפי ההגדרות אשר בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000,³ שאליו מפנה חוק תובענות ייצוגיות); (2) פגמים בבקשה לאישור אשר חסרה פירוט עובדתי ולא מבוססת על פרט 11 לתוספת השנייה לחוק כנדרש לאור היות הקופה "רשות" לצורך החוק; (3) המבקשת הינה גם התובעת המייצגת וגם באת כוח הקבוצה, ומשהחוק ייחד תפקידים שונים ונפרדים לתובע המייצג ולבא כוח הקבוצה אין זה ראוי שאותו אדם ימלא את שני הכובעים הללו.

בית המשפט בחן את הבקשה על רקע ההלכה שהתגבשה בפסיקה בנוגע לקושי בקבלת בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה כייצוגית,⁴ ולפיה אין לקיים דיון נפרד בבקשת האישור ובבקשה לסילוקה על הסף בשל עצם טבעה של בקשת האישור הליך מקדמי בפני עצמה. לכלל הני"ל קיים חריג צר לפיו תדון בקשה לסילוק על הסף רק במקרים קיצוניים בהם מקריאת בקשת האישור נהיר כי מדובר בבקשת סרק והדיון בסילוקה על הסף יהיה מהיר, פשוט, ויביא למסקנה חד-משמעית.⁵ בעניינינו, בית המשפט קבע כי לאור מורכבות השאלות העולות מהבקשה לסילוק על הסף לא חל החריג שהותווה בפסיקה, ודחה את הבקשה. במסגרת קביעה זו, ציין בית המשפט כי החריג אינו חל בשל מורכבות הדיון במעמדן של קופות חולים על אופיין הדו-מהותי המורכב, הכולל אלמנטים הן מהמשפט הציבורי והן מהמשפט הפרטי. בית

¹ חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק, חוק תובענות ייצוגיות).

² "בקשה לאישור נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר, תוגש לבית משפט לעניינים מנהליים; בסעיף קטן זה, "החלטה של רשות" – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים".

³ חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט מנהליים).

⁴ רע"א 5154/08 קוסט פורר גבאי את קסירר רו"ח נ' עובדיה קדמי (פורסם בנבו, 02.04.2009). בית המשפט העליון דחה ערעור שהגישה המבקשת על החלטת בית המשפט המחוזי לדחות את בקשתה לסילוק על הסף של בקשת אישור התובענה כייצוגית שהוגשה בטענה שהמשיב (המבקש בבקשה לאישור) טען בבקשת האישור טענות עובדתיות חלופיות וסותרות באופן המחייב את סילוקה על הסף. בית המשפט חזר וסיכם את ההלכה לפיה ככלל אין לקיים דיון נפרד בבקשת האישור ובבקשה לסילוקה על הסף, למעט במקרים חריגים.

⁵ שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט ח' מלצר.

המשפט הדגיש כי בעניין **קוצ'ינסקי**⁶ נקבע שיש לראות בקופות "רשות" רק בהקשר המסוים של תביעה ייצוגית להשבת דמי השתתפות, ולא נקבעה הכרעה גורפת לפיה בכל הקשר רלוונטי לחוק נראה את הקופות כ"רשות", ולפיכך פסק הדין אינו משליך על הסעדים הכלולים בבקשת האישור שאינם עוסקים בהשבת דמי השתתפות. בכך, מציג בית המשפט בעניינינו מעין ראשיתו של סימן שאלה לגבי הפסיקה בעניין **קוצ'ינסקי**, ולכל הפחות מדגיש את תיחום וצמצום מעמדן של הקופות כ"רשות" לצורך החוק רק למקרה הספציפי של סעדים כספיים להשבת דמי השתתפות.⁷ על עניין **קוצ'ינסקי** הוגשה עתירה לבג"ץ שעדיין תלויה ועומדת.⁸ מכאן ששאלת מעמדן הכללי של הקופות לצורך החוק נותרה ללא מענה חד-משמעי בפסיקה. אדון בשאלה מורכבת זו דרך שתי שאלות משנה: השאלה הפרשנית והשאלה הנורמטיבית.

השאלה הפרשנית – לשאלה האם קופות החולים הן "רשות" לצורך החוק ניתנו תשובות סותרות בפסיקה. כאמור, חוק תובענות ייצוגיות מפנה (בסעיפים 3 ו-5) להגדרת "רשות" לפי ס' 2 לחוק בתי משפט מנהלים.⁹ בעניין **קוצ'ינסקי** אין חולק על היותן של קופות החולים ממלאות תפקיד ציבורי, כשהמחלוקת נוגעת לתבנית "על פי דין". מסגרת הדיון היא היותן של קופות החולים גוף דו-מהותי המחייב דואליות נורמטיבית בכל הנוגע לכפיפותן לכללים הן מהמשפט הפרטי והן מהמשפט הציבורי. זאת מאחר שבראשיתן הן תאגידי פרטיים שהוקמו מכוח המשפט הפרטי, אך בעקבות חקיקת חוק ביטוח בריאות¹⁰ ולאור היותן ממלאות תפקיד ציבורי חיוני,¹¹ קם להן מאפיין ציבורי המצדיק את ראייתן כגוף דו-מהותי.¹² עם זאת, דו-המהותיות בפעילותן של קופות החולים אינה מנביעה בהכרח את המסקנה כי הן פועלות "על פי דין" וכי הן בהכרח רשות לצורך החוק.¹³ מכאן המחלוקת הפרשנית: לפי דעת המיעוט בעניין **קוצ'ינסקי** קופות החולים אינן פועלות "על פי דין", וזאת בעיקר בשל הרמוניה חקיקתית (שכן בפסיקה ענפה נקבע שקופות החולים אינן ממלאות תפקידן הציבורי "על פי דין", כאשר אומנם נקבע כך בהקשרים שונים מחוק תובענות ייצוגיות אך הרצינאל עולה בקנה אחד עם תכליתו).¹⁴ לעומת זאת, לפי דעת הרוב, בהקשר המסוים של גביית דמי השתתפות במסגרת שירותי סל הבריאות, ודווקא לאור תכליתו של החוק, ראוי לתת למונח "רשות" פירוש שונה.¹⁵ אציין שגם בפסיקה מוקדמת אשר קבעה בדומה לדעת המיעוט הושם הדגש על ההיסטוריה של קופות החולים, ועל חשיבות השמירה על ההרמוניה בחקיקה ובפסיקה.¹⁶

⁶ ע"ע (ארצ'י) 20139-09-15 **מכבי שירותי בריאות - אייל קוצ'ינסקי** (פורסם בנבו, 26.06.2018) (להלן: **עניין קוצ'ינסקי**). מדובר בבקשה לאישור תובענה כייצוגית להחזרת דמי השתתפות ששילמו חולי סכרת ובעלי משאבות אינסולין בגין ציוד מתכלה, כאשר בסמוך להגשת הבקשה לאישור הגישו קופות החולים הודעות מכוח ס' 9(ב) לחוק. בית הדין הארצי הפך את החלטת בית הדין המחוזי, וקבע כי בכל הנוגע לפעולות קופות החולים בגביית דמי השתתפות במסגרת שירותי סל הבריאות יש לראותן כ"רשות" ואת דמי השתתפות שהן גובות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 כ"תשלום חובה אחר" לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק, והחזיר את הדיון לדון בתוקפן של הודעות החדילה שהגישו הקופות. דעת המיעוט קבעה אחרת, כמפורט בהמשך.

⁷ אומנם בית המשפט בעניינינו לכאורה התעלם מהנאמר בעניין **קוצ'ינסקי**, אך יש לשים לב לכך שההתעלמות נעשתה במסגרת בקשה לסילוק על הסף (שכאמור, לא התקבל בנקל), ולכך שעומדת בפני בג"ץ עתירה על עניין **קוצ'ינסקי**, ראו ה"ש 8.

⁸ בג"ץ 6451/18 **גיא חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה**.

⁹ לפיו רשות יכולה להיות גם "...גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

¹⁰ **חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994** (להלן: **חוק ביטוח בריאות**).

¹¹ שבמידה רבה אין לפונקציות אותן הן ממלאות תחליף אחר מטעם המדינה.

¹² **דפנה ברק-ארי, "תאגידי ציבוריים" עיוני משפט יג 273, 277 (1995)**. לפי דפנה ברק-ארי נבחן את "ציבוריותו" של התאגיד הפרטי לאור מעורבות השלטון בפעולתו (למשל דרך מימון) או לאור אופייה הציבורי של פעילותו (בעמ' 302), כאשר לטענתה ניתן להכיר ב"ציבוריותו" של קופות החולים (ומכאן במעמדן הדו-מהותי) לפי שני המבחנים הנ"ל, מהיותן של קופות החולים ממומנות על ידי המדינה ולאור פעילותם בתחום הבריאות (בעמ' 304). בנוסף, ראו בעניין **קוצ'ינסקי**, לעיל ה"ש 6, בפס' 2-6 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) י' פליטמן.

¹³ ראו בעניין **קוצ'ינסקי** לעיל ה"ש 6, את עמדת היועמ"ש (שלטענתו קופות החולים הן בגדר עוסק ולא רשות) המובאת בפס' 40-41 לפסק דינו של סגן הנשיא א' איטח, וכן את עמדת הפסיקה המובאת בפס' 62-63.

¹⁴ שם, בפס' 77-70.

¹⁵ שם, בפס' 18-11 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) י' פליטמן.

¹⁶ ראו למשל ת"א (מחוזי תל אביב-יפו) 1260/06 **גיל רוזו'ינסקי נ' מכבי שירותי בריאות, פס' 5-7** (פורסם בנבו, 14.11.2007). בית המשפט המחוזי דחה הודעה של קופת החולים שהוגשה לפי ס' 9 לחוק תובענות ייצוגיות במסגרת בקשה לאישור תובענה

השאלה הנורמטיבית – האם ראוי כי קופות החולים יוכרו כ"רשות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות? ראשית, נשאלת השאלה האם הגדרת קופות החולים כרשות עולה בקנה אחד עם תכליות החוק, וזאת לאור ההגנות שניתנות למדינה. אף שנקבע שמתן ההגנות למדינה כשלעצמו אינו מגביל את זכות הגישה לערכאות (שכן הזכות לתביעה פרטית נותרה בעינה), לאור חשיבות זכות הגישה לערכאות יש ככלל לפרש את החסמים באשר אליה בצמצום.¹⁷ אם כן, השאלה העולה מכך היא האם מבחינה הרתעתית ומניעתית נביא להגשמת מטרותיו של החוק באופן יעיל יותר דרך: (א) הענקת ההגנות השמורות למדינה לקופות החולים באופן שיגן על האינטרס הציבורי, ובמחיר של חסימת הכלי של התובענה הייצוגית, מה שעלול לגרום לתת-הרתעה בקרב קופות החולים במקרים בהם אין תמריץ לתביעה פרטנית בשל היותה בעלת ערך נטו שלילי;¹⁸ או (ב) מתן האפשרות לניהול תביעות כנגד קופות החולים כ"עוסק", כך שלא ייהנו מההגנות השמורות למדינה. לכאורה, התשובה לשאלה זו תלויה במידת הפגיעה האפשרית באינטרס הציבורי בפתיחת הפתח לתובענות ייצוגיות כנגד קופות החולים כ"עוסק", ולשם כך יש לבחון את המימון הציבורי של המדינה בקופות, את ניהול התקציב והסיכונים שלהן, ושאלות אמפיריות דומות אחרות.

שנית, ניתן להעלות פיתרון בדמות סעיף 8 לחוק. כך, בדעת המיעוט בעניין **קוצ'ינסקי** נאמר שאף אם הקופות אינן "רשות", מאחר ועיקר תקציבן מבוסס על כספי ציבור ולאור הקרבה הרבה שלהן למאפיינים של "רשות", ניתן להגשים את תכליות ס' 9 הבא להגן על האינטרס הציבורי גם באמצעות ס' 8(ב)(2),¹⁹ וכך לאזן בין האינטרס הציבורי הרוצה ביציבות הקופות לבין הרתעתן בצורה יעילה והגנה על מבוטחיהן מפעולותיהן.²⁰ ואכן, לפי **קלמנט** תכלית ס' 8(ב) לחוק לאזן בין הרצון להרתיע את הקופות מפני הפרת החוק מראש לבין החשש מפגיעה בציבור לקוחותיהן עקב הסנקציה בדיעבד מתגשמת בפעילותן של קופות החולים שהוגדרו בפסיקה כגוף המספק שירות חיוני לציבור לצורך הסעיף, ומכאן שכוחו להגן עליהן יפה.²¹ יתרה מכך, נדמה כי ניתן לראות בכך תמיכה דווקא בעמדת המיעוט בעניין **קוצ'ינסקי**, שכן לפי **קלמנט** תכליתו של ס' 8(ב)(2) היא לאזן בין הרצון לתת לנתבעים המספקים שירות חיוני תמריץ לעמוד בחובותיהם, לבין החשש מפגיעה ביכולתם לספק את השירות החיוני עקב ניהול התובענה. כלומר, כאשר הנתבע מספק שירות חיוני יש להיזהר ממתן הגנה גורפת מניהול התובענה לאור החשיבות המוגברת בצורך בהרתעת נתבעים כאלו, ולכן אולי לא ראוי שנחיל את ההגנות המגיעות למדינה על הקופות כ"רשות" משניתן להיעזר בסעיף 8(ב)(2) כאמור, וללא צורך להידרש לשאלות האמפיריות שהוזכרו בפסקה הקודמת.²²

שלישית, ייתכן ובמקום לקבוע קביעה קטגורית בסוגיה עדיפה דרך דעת הרוב ב**קוצ'ינסקי**, לפיה נבחן בכל מקרה את מהות פעילות הקופות, ועל סמך המאפיינים הקונקרטיים של הפעילות מושא עילת התביעה, וככל שהיא מקיימת זיקה הדוקה יותר לחוק ביטוח בריאות ולתקציב המדינתי, ייתכן והדבר ייטה את הכף לטובת

כייצוגית שהוגשה נגדה בטענה כי היא גובה מספר תשלומים על ביקורים חוזרים, כאשר על פי הדין היא איננה רשאית לגבות בעבורם אלא תשלום רבעוני אחד. אדגיש שפסק הדין ניתן לפני עניין **קוצ'ינסקי**.

¹⁷ בג"ץ 2171/06 **שני כהן נ' יו"ר הכנסת, בפס' 37 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה דאז) ביניש (פורסם בנבו, 29.08.2011)**. מדובר בדחייה של עתירה חוקתית כנגד, בין השאר, חוקתיות הוראותיו של החוק על הגנותיו שנתן למדינה. בנוסף, ראו **ת"צ (מחוזי מרכז) 10270-12-10 מלכה שמול נ' שירותי בריאות כללית, בפס' 20 (פורסם בנבו, 23.12.2018)** (להלן: **עניין שמול**).

¹⁸ **אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים: בעקבות פסק-הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" מחקר משפט כא 387, 395-396 (2004)** (להלן: **קלמנט**).

¹⁹ "הוגשה בקשה לאישור נגד גוף המספק שירות חיוני לציבור... ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור... רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית".

²⁰ עניין **קוצ'ינסקי**, לעיל ה"ש 6, בפס' 77(ג) לפסק דינו של סגן הנשיאה א' איטח.

²¹ **אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 153-154 (2006)**.

²² שם, בעמ' 154-155.

ראיית הקופות כ"רשות".²³ זאת בהתאם לגישה שהציג בית המשפט בעניין פריגו לפיה אין לראות בכל פעולותיהן של הקופות כפעולות "רשות", תוך שהתעכב על שני סוגי פעילות: בהפעלת בתי מרקחת למכירת תרופות המאפיינים הפרטיים של הקופות הם המרכזיים, ולכן מעמדן כשל "עוסק", ובמתן שירותי בריאות במסגרת סל הבריאות וגביית דמי השתתפות בגין מתן שירותי רפואה דחופים נטה לעמדה לפיה הקופות הן גם "עוסק" (בשונה מדעת הרוב בעניין קוצ'ינסקי).²⁴ כך עשה גם בית המשפט בעניין שמול בסירובו לקבוע כלל קטגורי לפיו כל פעולה של קופות החולים מכוח חוק ביטוח בריאות הנה פעולה של "רשות", והכריע רק כי במסגרת מחקרים רפואיים שנערכים בבתי החולים של הקופות נראה אותן כ"רשות".²⁵ גישה זו, הבוחנת כל מקרה לגופו ולפי אופי פעילות הקופות, ייתכן ותביא לחוסר וודאות לגבי סיכויי התביעה מראש מבחינת התובעים הייצוגיים,²⁶ אך לאור מאפייניהן הדו-מהותיים של הקופות אולי אין מנוס ממנה.

לסיכום, למרות התשובות הרבות והסותרות שניתנו לכך בפסיקה, ולאור קביעתו העקרונית של בית משפט השלום בעניינינו כי שאלת מעמדן של קופות החולים לצורך חוק תובענות ייצוגיות היא שאלה מורכבת עד כדי חוסר הנכונות לקבלת בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור בגינה, נראה כי הדיון הנרחב על השלכותיו נותר ללא תשובה חד-משמעית בפסיקה, וזאת עד להכרעתו של בג"ץ בעתירה על עניין קוצ'ינסקי כאמור.

²³ אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 538-539 (נבו, 2017).

²⁴ ת"צ (מחוזי מרכז) 16584-10-11 רונית פלג נ' פריגו ישראל פרמצבטיקה בע"מ, בפס' 121-123 (פורסם בנבו, 17.05.2015) (להלן: עניין פריגו). מדובר בדחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית ביחס לקופות החולים (ואישורה כלפי חברת התרופות פריגו, בעלת הרישום והמפיצה של התרופה מושא התביעה) שהוגשה בשל התנהלותה בהפצת גרסה חדשה של תרופה זו ובכך שהפרה לכאורה חובת גילוי והטעו את הצרכנים באי מסירת מידע לגבי השינויים בגרסה החדשה ועל השפעותיהם.

²⁵ עניין שמול, לעיל ה"ש 17, בפס' 21-22.

²⁶ להרחבה על ההשלכות ראו קלמנט, לעיל ה"ש 18.