

מעקב אחר פסיקה לתאריכים 20-28/6/2018

מאיה הרן

1. ע"ע (ארצי) 20139-09-15 מכבי שירותי בריאות נ' אייל קוצ'ינסקי : ערכאה : בית הדין הארצי לעבודה, מפי הנשיא (בדימוס) יגאל פליטמן

בית הדין הארצי לעבודה, מפי הנשיא (בדימוס) יגאל פליטמן, קיבל את הערעור על החלטת בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב, וקבע כי קופות החולים הינן "רשות" לעניין ס' 9 לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: החוק).¹

ס' 9 לחוק קובע הוראות מיוחדות לעניין אישור תביעת השבה כנגד רשות. בפרט, קובע הסעיף כי אם "רשות" שהוגשה נגדה תביעה על פי פרט 11 בתוספת השנייה (תביעת השבה נגד רשות בגין סכומים שגבתה שלא כדין) הודיעה והוכיחה לביהמ"ש כי חדלה מגבייה זו, אין לאשר את התביעה שהוגשה נגדה כתובענה ייצוגית.² לפי ס' 3 לחוק, "רשות" מוגדרת בהתאם לס' 2 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים (להלן: ס' 2): "רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".³ ביה"ד הסביר כי הרציונל מאחורי הגנה זו על הרשות הוא שאל מול האינטרס של הקבוצה המוגדרת ניצב האינטרס הציבורי של שמירה על הקופה הציבורית, וכן ההנחה שהמדינה ורשויותיה פועלות בתום לב ולא מתוך כוונה לעשוק את הציבור, ולכן די בהוראה זו על מנת לתמרץ על הרשות לחדול מפעולות בניגוד לדין.⁴

בערכאה דלמטה, נידונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד 4 קופות חולים, שהוגשה בגין הטענה כי על קופות החולים לבצע החזר דמי השתתפות ששילמו חברי קופות החולים הנושאים בגופם משאבת אינסולין, עבור התקופה שקדמה לפרסום חוזר משרד הבריאות שהורה לקופות החולים לחדול מגביית דמי השתתפות בגין. התובענות הוגשו מכוח פרט 1 לתוספת השנייה, בטענה שקופות החולים הן "עוסק" ושמדובר בתביעות בעניין יחסי עוסק-לקוח. בסמוך להגשת בקשות האישור הגישו קופות החולים הודעת חדילה מכוח ס' 9(ב) לחוק. בתגובה, טענו המשיבים כי קופות חולים אינן בגדר "רשות" ועל כן ס' 9 אינו חל בעניין. המחלוקת התמקדה בשאלה האם קופות החולים הן בבחינת הסיפא של הגדרת הרשות (שהודגשה לעיל) ובשאלה האם דמי ההשתתפות מהווים "תשלום חובה אחר" כמפורט בפרט 11.⁵

ביה"ד האזורי קבע כי קופות החולים אינן בגדר "רשות" ולכן התובענות אינן בגדר "תביעת השבה כנגד הרשות", ועל כן דחה ביה"ד את הודעת החדילה. ביה"ד נימק את החלטתו בכך שקופות החולים לא נוסדו מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי (להלן: חוק הבריאות),⁶ החוק לא הלאים את קופות החולים ואף לא העניק להם תפקידים שלטוניים. כמו כן, הסתמך ביה"ד על פסיקת ביהמ"ש העליון בעניין **שירותי בריאות כללית נ' משרד הביטחון**, שם נקבע כי קופות החולים אינן ממלאות תפקיד ציבורי על פי דין.⁷ לאור

¹ חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

² ס' 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

³ ס' 3 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006; ס' 2 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000.

⁴ ע"מ 7752/12 אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 02.11.2014), פסקאות ל"א-ל"ב.

⁵ על פי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תביעה "נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר..."

⁶ חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. קופות החולים אומנם לא הוקמו מכוח חוק זה, אך הן פועלות במסגרתו ומכוחו בכך שהוא מטיל חובות ומגבלות שונות על קופות החולים, באמצעותן המדינה דואגת לזכות התושבים לשירותי בריאות נאותים. לעניינו, בעיקר רלוונטיות ההוראות הנוגעות לסל הבריאות, שמגדיר רשימת שירותים רפואיים ותרופות שחובה על קופות החולים לספק לתושבי ישראל, במימון המדינה.

⁷ ע"א 8825/03 שירותי בריאות כללית נ' משרד הביטחון (פורסם בנבו, 11.04.2007), פסקה י"ז.

הכרעה זו, התייטר הצורך לדון בשאלת סיווג דמי ההשתתפות כ"מס, אגרה או תשלום חובה אחר" כאמור בפרט 11.

בערער, טענו קופות החולים כי שגה ביה"ד בקביעתו שאינן גוף ציבורי לעניין ס' 9 לחוק, תוך הפניה לפסקי דין רבים שלשיטתן מלמדים על עמדת ביהמ"ש העליון לפיה קופות החולים ממלאות תפקיד ציבורי על פי דין ולכן הן מהוות "רשות" לעניין ס' 2.⁸ כמו כן, טענו קופות החולים כי בתי המשפט הכירו בעבר בגופים פרטיים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין כ"רשות" לעניין חוק תובענות ייצוגיות.⁹ המשיבים סברו מנגד כי אין להתערב בהחלטת ביה"ד, שכן קופות החולים אינן בגדר "רשות". עמדה זו עולה מהפסיקה¹⁰ וכן מעמדת היועמ"ש שהוגשה בהליך זה. לעמדת היועמ"ש, ההכרה באופי הדו-מהותי של קופות החולים אינה מלמדת כי הן בגדר "רשות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות, שכן לעיסוקן של קופות החולים מאפיינים פרטיים וצרכניים רבים שאינם מתיישבים עם הכרה כזו (למשל הזכות לניהול עצמי והתחרות בין קופות החולים). לכן, יש לבחון באופן ממוקד את הפעולה נושא התביעה ולא את הגוף בכללותו, ולסווג את התשלום נושא התביעה כבר בשלב של ההכרעה האם מדובר ב"רשות" או "עוסק",¹¹ שכן ביהמ"ש העליון הכיר במצבים "היברידיים" שבהם "רשות" פועלת במישור העסקי כ"עוסק".¹² בהתאם, טען היועמ"ש כי לשיטתו דמי ההשתתפות הינם בגדר "מחיר" ולא תשלום חובה, ועל כן אינם באים בגדר פרט 11.

השופט איטח בדעת מיעוט, קבע כי קופות החולים אינן בגדר "רשות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות. הנימוק לכך התבסס בעיקרו על ההכרעות בעניין **משרד הביטחון ובג"ץ ניל"י**, לפיהן קופות החולים אינן בגדר "גוף אחר הממלא תפקידים ציבוריים על פי דין" לעניין ס' 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה.¹³ לאור העיקרון הפרשני המעדיף פרשנות השומרת על הרמוניה חקיקתית, הסיק השופט כי קופות החולים אינן מהוות "רשות" גם לצורך חוק תובענות ייצוגיות (בשים לב לזיקה שבין הגדרת "רשות" בס' 2 לבין המינוח בחוק היסוד). כמו כן, הוסיף השופט שלאור ההגנה היתרה שניתנת לרשות העומדת בבסיס ס' 9 לחוק, יש לפרש את המונח "רשות" בצמצום ולא להכניס לגדרו גופים שאינם מהווים במובהק "רשות" לפי ס' 2.

דעת הרוב (הנשיא בדימוי פליטמן) הכריעה מנגד כי מכלול הנסיבות, קרי מאפייני קופות החולים, תכלית חוק תובענות ייצוגיות והפסיקה בערכאות השונות, מובילים למסקנה כי קופות החולים מהוות "רשות" לעניין חוק תובענות ייצוגיות. לשיטת השופט, המאפיינים השונים של קופות החולים מעידים כי הן משמשות כזרוע הארוכה של המדינה במילוי תפקידה השלטוני בתחום הבריאות (בניחוד לאחר חקיקת חוק הבריאות). השופט הוסיף כי הפסיקה הכירה בכך שקופות החולים ממלאות תפקיד ציבורי "על פי דין" מכוח חוק הבריאות כאמור,¹⁴ ולכן למצער בכל הנוגע לשירותים שניתנים במסגרת סל הבריאות, לרבות

⁸ כך למשל, הפנו קופות החולים לבג"ץ 2344/98 **מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 18.12.2000), פסקה 52, שם נקבע כי החובות המוטלות על קופות החולים מכוח חוק הבריאות הן חובות ציבוריות במהותן. כמו כן, הפנו לבג"ץ 3933/11 **מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות** (פורסם בנבו, 25.03.2014), פסקאות 26-27, שם נקבע כי יש לראות בקופות החולים גופים דו-מהותיים, והדבר נלמד מכך שהוטלה עליהם משימה לאומית חיונית של מתן שירותי בריאות לתושבי המדינה, מהיקף פעילותן, מזיקתן המוסדית לרשויות השלטון בהיבטים של פיקוח והנחיה, ומעצם פעילותן מכוח חוק ותמיכתם ע"י המדינה.

⁹ לדוגמה: תאגידי מים הפועלים מכוח חוק תאגידי מים וביוב, התשס"א – 2001 (**בש"א (י-ם) 10835/09 חברת הגיחון בע"מ נ' חיים קורפנו** (פורסם בנבו, 11.02.2010)) וחברה פרטית שהתקשרה עם המדינה למתן שירותי אחסון (**תמ (ת"א) 127-09 דר' מירלה שטרן נ' הנהלת בתי המשפט** (פורסם בנבו, 30.11.2009)).

¹⁰ ראו למשל **עניין משרד הביטחון**, לעיל הי"ש 6, וכן בג"ץ 6658/02 **דר' משה ניל"י נ' שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו, 29.01.2003), שם נקבע כי קופת חולים כללית אינה ממלאת תפקיד ציבורי על פי דין כמשמעותו בס' 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה, כאשר בדומה לס' 2 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, גם בחוק היסוד מופיע הביטוי "גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

¹¹ כמוגדר בפרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

¹² **עניין אסל**, לעיל הי"ש 4, פסקה ה'.

¹³ ראו הי"ש 10 לעיל.

¹⁴ ראו למשל: בג"ץ 6845/00 **ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד (נו) 663, פסקה 48 לפסק דינו של השופט חשין וע"ע (ארצי) 33066-11-12 **מכבי שירותי בריאות נ' ילנה גילגור** (פורסם בנבו, 19.03.2014), פסקה 11.

גביית דמי השתתפות, קופות החולים ממלאות תפקיד ציבורי "על פי דין", מכוח חוק הבריאות. לעניין הזיקה בין הגדרת "רשות" בחוק תובענות ייצוגיות לבין הגדרתה בחוק-יסוד: השפיטה, טען השופט כי מתן פרשנות אחידה למושג אינו מתחייב ובמקרה זה הוא אף נוגד את הכלל הפרשני לפיו יש להעדיף את הפירוש המתיישב עם תכלית החוק.¹⁵ לשיטתו, קופות החולים מקיימות את השיקול העומד מאחורי ההגנה היתרה שניתנת לרשות בסי' 9 לחוק (הגנת התקציב ומניעת פגיעה בכלל הציבור), שכן מימון קופות החולים הוא מימון ציבורי והמדינה אף מכסה גרעון בתקציבן. לאור זאת, הן זכאיות לאותן הגנות החלות על המדינה לעניין חוק תובענות ייצוגיות. לסיכום, על פי דעת הרוב קופות החולים מהוות "רשות" לעניין סי' 9 לחוק וכן את דמי ההשתתפות יש לראות כ"תשלום חובה אחר" על פי פרט 11 לתוספת השנייה. לאור זאת, הדיון הוחזר לביה"ד האזורי, על מנת שיכריע בשאלת תוקפן של הודעות החדילה.

2. [רע"א 1361/18 אסם השקעות בע"מ נ' ערן סורוקר \(פורסם בנבו, 26.06.2018\): ערכאה: ביהמ"ש העליון, מפי השופטת ענת ברון:](#)

ביהמ"ש העליון, מפי השופטת ענת ברון, דחה בקשת רשות ערעור על החלטת ביהמ"ש המחוזי מרכז (השופט עופר גרוסקופף) להיעתר לבקשה לגילוי מסמכים שהוגשה במסגרת בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד אסם השקעות בע"מ, בעילה של ניצול לרעה של מעמדה כמונופולין בקביעת מחיר מופרז עבור מוצרי ה"פתיתים אפויים".¹⁶ בבקשת האישור נטען, בצירוף חוות דעת כלכלית, כי מחיר המוצר מופרז בהינתן שיעור הרווח שאוסס מפיקה ממנו. אוסס בתגובה הכחישה את הטענות והגישה חוות דעת נגדית.

בהמשך, הגיש המשיב בקשת גילוי למסירת מסמכים, פרטים נוספים ושאלון. בתחילה התנגדה אוסס בתוקף לגילוי, אך לאחר מו"מ הסכימה להעביר נתוני מכירה ועלויות של המוצר וכן את בסיס הנתונים ששימשו למתן חוות הדעת של אוסס, כאשר נתונים אלו נגעו לשוק הקמעונאי בלבד. עם זאת, גילויים של שני פרטי מידע עדיין נותר במחלוקת – מידע לגבי המתודולוגיה של העמסת העלויות העקיפות על המוצר,¹⁷ ונתוני מכירה של המוצר בשוק המוסדי. המשיב טען בפני בימ"ש קמא כי מידע זה הכרחי לצורך הוכחת המחיר המופרז שנמדד לפי מבחן הפער (קרי הפער בין המחיר לעלות הייצור). כן נטען שבקשת האישור מתייחסת הן לשוק המוסדי, ושעל דרך ההשוואה בין המחיר הקמעונאי למוסדי ניתן ללמוד על סבירות המחיר הקמעונאי (מבחן ההשוואה). ביהמ"ש נעתר לגילוי הנתונים שבמחלוקת, תוך קביעה כי לנתונים אלו חשיבות להכרעה בשאלות מהותיות שמתעוררות במסגרת בקשת האישור, נתונים אשר יאפשרו לביהמ"ש לבחון באופן ראוי את עמדת אוסס לפיה היא אינה נוקטת בתמחור מופרז.

בבקשת רשות הערעור, טענה אוסס שהחלטת הגילוי אינה תואמת את ההלכה שנקבעה בעניין **תנובה נ' זליכה**, בכך שהיא קובעת אמת מידה מרחיבה ביחס לבקשות לגילוי מסמכים שמוגשות במסגרת דיון בבקשת אישור תובענה כייצוגית בעילה של מחיר מופרז. למען השלמת התמונה, נסביר כי גם **עניין תנובה** עסק בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בגין ניצול כוח מונופוליסטי וגביית מחיר מופרז על מוצרים בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים. באותו עניין ביהמ"ש המחוזי קיבל את בקשת המשיב להורות לתנובה להשיב לשאלות שהפנה כלפיה ולמסור לידיו מסמכים שונים, בפרט מסמכים שנוגעים לעלויות הייצור של המוצרים במחלוקת, היקף המכירות שלהם וההכנסות ממכירותיהם. שם, נקבע כי השיטה העיקרית

¹⁵ חיזוק לכך הוא מוצא בעניין משרד הביטחון, לעיל ה"ש 6, שלשיטת השופט התייחס לקופת חולים כללית כ"רשות" רק בהקשר של חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. לדוגמה, נאמר בפסקה י"ז כי "אין ספק כי את החלטותיה של המערכת בעשותה שימוש בסמכויות שהוענקו לה בחוק ביטוח בריאות, יש לבחון תחת שבת הביקורת של המשפט המינהלי. **אולם אין בכך כדי לקבוע כי המערכת באה לכל עניין ודבר בגדרי סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה.**"

¹⁶ זאת, בניגוד לסי' 29 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

¹⁷ עלויות עקיפות הינן החלק של עלות הייצור שאופן חישובן אינו ספציפי למוצר והן מוערכות ביחס לחלקו של המוצר בסך הייצור של החברה. המשיבים ביקשו לחשוף את התחשיב שלפיו מועמסות העלויות העקיפות של אסם על הפתיתים.

לזיהוי מחיר מופרז הוא "מבחן הפער" ולכן אי גילוי של מידע הדרוש לשם ביסוס טענה זו יקשה על ביהמ"ש להכריע במחלוקות וכביד על ההליך. כמו כן, נקבע כי די בחוות דעת כלכלית כדי לבסס את התשתית הראייתית הראשונה הדרושה כתנאי להיענות לבקשת גילוי מסמכים בהקשר של גביית מחיר מונופוליסטי מופרז, זאת נוכח פערי המידע המובנים הקיימים בין המונופולין לבין מי שטוען כנגדו טענות מסוג זה, המקשים על הגשת תובענות ייצוגיות בעילה של מחיר לא הוגן.¹⁸

טענתה הנוספת של אוסם בבקשה דגן היתה שהנתונים ממילא אינם רלוונטיים לשלב מקדמי זה של ההליך. המשיב טען מנגד כי יש לדחות את הבקשה, תוך שהוא עומד על חשיבות גילוי מסמכים בהליך אישור תובענה ייצוגית ככלל, ובפרט מקום שבו בקשת האישור מוגשת בעילה של "מחיר מופרז" – שאז המבקש מצוי בעמדת נחיתות דיונית מובהקת מול בעל המונופולין. לגופם של דברים, טען המשיב כי הנתונים שבמחלוקת נחוצים ורלוונטיים להצלחת בקשת האישור.

בהכרעתה, חזרה השופטת על ההלכה לפיה הזכות לגילוי מסמכים בבקשה לאישור תובענה כייצוגית מצומצמת יחסית בהשוואה להיקף הזכות בהליכים אזרחיים אחרים,¹⁹ והדגישה שיש לתחום את הגילוי לגבולות שנקבעו בתקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות.²⁰ לפי התקנה, על בעל דין המבקש גילוי מסמכים להראות כי הם רלוונטיים לזירת המחלוקת ולשלב בו נמצא ההליך, ובמקביל, עליו להעמיד תשתית ראייתית ראשונית להתקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית.²¹ מעבר לכך, הסבירה השופטת כי בקשה לגילוי מסמכים נדרשת לעמוד במגבלות שחלות באופן כללי על הליכי גילוי מסמכים, קרי, יש להראות שהמסמכים נמצאים בידי בעל הדין שכלפיו מופנית הבקשה, שמתן הצו לגילוי יביא לפישוט וייעול ההליכים, ושבקבלת הבקשה לא יוטל עול בלתי סביר על בעל הדין שיידרש לגילוי המסמכים.²² לבסוף, הזכירה השופטת כי על ערכאת הערעור לנקוט גישה מרוסנת בבחינת החלטות של הערכאה הדיונית בנושאים כגון בקשה לגילוי מסמכים, ולהתערב רק אם יתברר שהחלטה מנוגדת לדין או גורמת לעיוות דין.²³

השופטת הכריעה כי לשיטתה לא נפל פגם בהחלטת בימ"ש קמא להורות על גילוי המסמכים לאור הרלוונטיות שלהם לבקשת האישור, וזאת למרות שהחלטה לאשר את הגילוי אינה מתייחסת לתנאי ההכרחי של העמדת תשתית ראייתית ראשונית להתקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית (השופטת העירה שעל פניו נראה ממילא שחוות הדעת שצורפה לבקשה לאישור עונה על תנאי זה). כמו כן, ציינה השופטת שהחלטה זו עולה בקנה אחד עם ההחלטה בעניין תנובה, שכן היא מעניקה משקל ראוי לפערי המידע ולמורכבות שטמונה בהגשת בקשת אישור בעילה של "מחיר מופרז", מבלי להכביד יתר על המידה על אוסם.²⁴

¹⁸ רע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' פרופ' ירון זליכה (פורסם בנבו, 29.3.2016), פסקאות 12-14.

¹⁹ ראו למשל: רע"א 8649/17 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' אלחנן תגר (פורסם בנבו, 16.4.2018), פסקה 16; רע"א 8855/15 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' מרב שמאי קינג (פורסם בנבו, 24.2.2016), פסקה 5.

²⁰ תקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

²¹ סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

²² ראו למשל: עניין תנובה, לעיל ה"ש 18, פסקה 11.

²³ ראו למשל, רע"א 8900/13 תדיראן הולדינגס בע"מ נ' זקי הבר (פורסם בנבו, 27.03.2014), פסקה 6; רע"א 3783/13

אי די בי חברה לפתוח בע"מ נ' יעל כבירי שמיע (פורסם בנבו, 5.6.2013), פסקה 3.

²⁴ עניין תנובה, לעיל ה"ש 18.