

מועד הגשת המסמך בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד : 3.6.2024

מועד חתימת המסמך : 29.5.2024

רע"א 8858/22

בבית המשפט העליון בירושלים

**מכבי שירותי בריאות**

על-ידי ב"כ עוה"ד ד"ר אסף רנצלר, גיא ורטהיים ואלה אולמן

ממשרד עורכי הדין ש. הורוביץ ושות'

רחוב אחד-העם 31, תל-אביב 6520204

טלפון : 03-5670700 ; פקס : 03-5660974

**המבקשת**

- נ ג ד -

**אלה דובין**

על-ידי ב"כ עו"ד עמי סביר

רחוב אחוזת בית 3, תל אביב 65143

טלפון : 03-5173210 ; פקס : 03-5178097

**המשיבה**

**היועצת המשפטית לממשלה**

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה – המחלקה האזרחית

רחוב קריית המדע 5, בניין 3B, הר החוצבים, ירושלים

טל': 073-3929630 ; פקס': 02-6467038

**המתייצבת להליך**

**עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה**

בהתאם להודעתה בדבר התייצבותה להליך מכוח סמכותה לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה ליתן עמדתה בהליך שבכותרת, כדלהלן.

## א. פתח דבר ותמצית עמדת היועצת המשפטית לממשלה

1. ענייננו בבקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת צילה צפת) מיום 23.10.2022 בהליך ת"צ (מחוזי תל אביב) 16985-05-12, לקבל בקשה לאישור תובענה כייצוגית (להלן: "**בקשת האישור**") נגד המבקשת, מכבי שירותי בריאות (להלן: "**מכבי**"), על פי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן, בהתאמה: "**פרט 1**"; "**חוק תובענות ייצוגיות**"): "**תביעה נגד עוסק... בקשר לענין שבינו לבין לקוח**".
2. התובענה אושרה לניהול כייצוגית בגין גביית תשלומי השתתפות עצמית על ידי מכבי, ממבוטחי החולים במחלה כרונית, בגין תרופות הכלולות בסל מכבי (ואינן כלולות בסל הבסיסי הקבוע בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: "**חוק ביטוח בריאות**")), בשיעור החורג מתקרת ההשתתפות העצמית הקבועה בתכנית הגבייה משנת 1998 (שתוקפה נובע מהוראות סעיפים 8(א1) ו-8(א2) לחוק ביטוח בריאות), שחלה על מכבי במועדים הרלבנטיים להליך ומחייבת אותה בהתאם להוראות חוק ביטוח בריאות (גם ביחס לתרופות הכלולות בסל מכבי, לפי קביעת בית משפט קמא), וכן בגין גביית דמי השתתפות עצמית ממבוטחי מכבי ה-"חולים במחלה קשה", בגין תרופות שרכשו הכלולות בסל מכבי, בניגוד לתכנית הגבייה האמורה משנת 1998.
3. מכבי הגישה בקשת רשות ערעור שבה היא טוענת, שלא פעלה כ-"עוסק" בגביית דמי ההשתתפות העצמית ולכן לא ניתן להגיש נגדה בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית, בגדרי פרט 1. עוד טוענת מכבי, שהיא פעלה כדין ודין בבקשת האישור להידחות גם לגופה. מנגד, המשיבה (התובעת הייצוגית) הגישה את תשובתה לבקשת רשות הערעור ובה היא טוענת, שבדין אישר בית משפט קמא הנכבד את התובענה כייצוגית.
4. לאחר שהתקיים דיון בערעור, ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד לפיה "**לנוכח הסוגיות שעל הפרק, סברנו שמן הראוי, שטרם שנכריע בהליך שלפנינו תונח בפני בית המשפט ובפני באי כח הצדדים עמדת היועצת המשפטית לממשלה..."** בהחלטה אף פורטו השאלות בעניינן התבקשה עמדת היועצת המשפטית לממשלה:
 

**"... מתבקשת אפוא ליתן עמדתה, בין היתר, בשאלה: האם כאשר מכבי גבתה במועדים הרלוונטיים דמי השתתפות עצמית בגין תרופות שניתנו על ידה ואינן נכללות בסל הבריאות הממלכתי, פעלה מכבי כ"רשות" או כ"עוסק", אם בכלל. וכן ליתן עמדתה באשר לפרשנות הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 ו"תכנית הגבייה", ככל שנוגעות לענייננו."**
5. כפי שיפורט להלן, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בגביית דמי ההשתתפות העצמית בגין תרופות המצויות ב-"סל מכבי" מכבי פעלה כ"**עוסק**", ולא כ"**רשות**". על כן, **בקשת האישור באה בגדר פרט 1, וצדק בית משפט קמא הנכבד, כשלא דחה את בקשת האישור על הסף, ויש לדחות את טענות מכבי במישור זה.** הדברים אמורים מבלי לגרוע מכך, שקופות החולים בישראל הינן גופים דו-מהותיים ראשוניים במעלה, שיש בפעילותן היבטים ציבוריים מסוימים. עם זאת, בפעילות הנדונה בהליך זה, מכבי פעלה כעוסק.
6. בנוגע לפרשנות הוראות חוק ביטוח בריאות ותכנית הגבייה של מכבי במועדים הרלבנטיים, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, כפי שקבע בית משפט קמא הנכבד, שהגבייה שבמחלוקת מהקבוצות המיוצגות בהליך, ביחס לשתי עילות התביעה שאושרו בהחלטת בית משפט קמא הנכבד, נעשתה בניגוד לדיון, על פי הפרשנות הנכונה להוראות אלו, כפי שעולה גם מהדברים המפורשים בחוזרים המחייבים של משרד הבריאות, משנת 2010 ואילך.
7. חרף האמור, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שקיים ספק ממשי האם היה מקום לאשר את ניהול התובענה כייצוגית, בשים לב למכלול הנסיבות הייחודיות של המקרה שלפנינו, שיפורטו וילובנו להלן.

## ב. סמכות השיפוט

8. יוער בקצרה, שלכאורה, בהתאם לסעיף 54(ב) לחוק ביטוח בריאות, **לבית הדין לעבודה מוקנית הסמכות הייחודית לדון בבקשת אישור מסוג זה שלפנינו, בהיותה "תובענה, למעט תביעה נזיקית, שבין מבוטח... לבין... קופת**

**חולים".** אמנם, בקשת האישור כוללת בין היתר טענות לעוולות נזיקיות, אולם, הסעד המבוקש בבקשת האישור הוא השבת דמי השתתפות עצמית שנגבו לפי הנתען שלא כדין ובניגוד להוראות חוק ביטוח בריאות ותכנית הגבייה (שתוקפה נובע מהוראות חוק ביטוח בריאות), וכבר נפסק על ידי בית משפט זה כי "תביעות הנוגעות למערך הזכויות והחובות הצומח למבוטח של קופת חולים על פי החוק" נתונות לסמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה, גם אם מוזכרות בכתבי הטענות, בין היתר, עוולות נזיקיות נטענות (ובשונה מתביעות על נזקי גוף בגין רשלנות רפואית שנתונה לסמכות בתי המשפט האזרחיים).<sup>1</sup> כך נפסק גם בפסיקה ענפה של בתי המשפט המחוזיים ובתי הדין לעבודה.<sup>2</sup> ראו למשל בסעיף 15 לפסק הדין בעניין **אופק**: "הסמכות העניינית תיבחן על פי מהות העילה, אף שבקשת האישור מבוססת על עילות נזיקיות כגון רשלנות והפרת חובה חקוקה, זאת על מנת למנוע ריקון סעיף 54(ב)... מתוכן". על כן, בקשת האישור שלפנינו באה, על פני הדברים, בגדר סמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה. אולם, משעה שנוהל הליך ממושך, במשך שנים, לפני בית המשפט המחוזי קמא; משעה שניתנה החלטה מנומקת ומפורטת לגופה של בקשת האישור על ידי בית משפט קמא הנכבד, ומשעה שהצדדים לא העלו (למיטב הידיעה) טענות בעניין זה, ייתכן ובשלב זה יהיה נכון להכריע בבקשת רשות הערעור לגופה, מבלי להידרש לסוגיית סמכות השיפוט.<sup>3</sup> מכל מקום, היועצת המשפטית לממשלה תותיר סוגיה זו, בנסיבות הקונקרטיות של עניינו, לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.

## ג. רקע נדרש – ההליך שנדון בבית משפט קמא

9. ביום 9.5.2012 הוגשה בקשת האישור דן נגד מכבי. בקשת האישור הוגשה בשם שתי קבוצות מיוצגות: (א) מבוטחי מכבי המוגדרים כחולים כרוניים ו-(ב) מבוטחיה המוגדרים כחולים במחלות קשות, שנגבו מהם לפי הנתען דמי השתתפות עצמית שלא כדין, עבור תרופות המצויות ב-"סל מכבי" (שלא מצויות בסל הבסיסי הקבוע בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות החל על כלל מבוטחי הקופות, כמפורט להלן). בנוגע לחולים כרוניים נטען, שעד שנת 2011 גבתה מכבי ממבוטחיה שהוגדרו כחולים כרוניים, עבור תרופות הכלולות בסל מכבי, דמי השתתפות עצמית עד תקרת תשלומים שנקבעה על ידה, וזאת כתקרה נוספת על גבי זו הקבועה בתכנית הגבייה (שאושרה מכח חוק ביטוח בריאות) עבור תרופות הכלולות בסל הבסיסי של החוק, תוך שנטען: "המשיבה (מכבי-הח"מ) מחויבת היתה לגבות תקרת תשלום מרבית אחת" (סעיף 3 לבקשת האישור). בנוגע לחולים במחלות קשות, נטען בבקשת האישור, שמכבי גבתה מהם דמי השתתפות עצמית עבור תרופות הכלולות בסל מכבי, למרות שהם היו אמורים להיות פטורים לחלוטין מהתשלום.
10. מכבי טענה בהליך קמא, שהיא לא פעלה כעוסק ולכן בקשת האישור לא נכנסת לגדרי פרט 1 ודינה סילוק על סף. עוד טענה מכבי, שלגוף הדברים, לשיטתה, פרשנות הוראות חוק ביטוח בריאות ותכנית הגבייה שחלה בשנים

<sup>1</sup> עניין רע"א 363/08 **פרפרה נ' קופת חולים מאוחדת** (נבו 23.11.2009), סעיף 5 לפסק הדין, שם נפסק, שקביעה אחרת תגרום ל-"ריקון מתוכן של סעיף 54(ב) לחוק" (ויועז שהיועצת המשפטית לממשלה והמדינה לא לקחו חלק בהליך זה ועל כן לא תובע כאן כל עמדה ביחס ליישום הדברים במקרה הקונקרטי שנדון שם). עוד ראו והשוו: רע"א 7325/12 **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מכבי שירותי בריאות** (נבו 12.11.2013), סעיף 10.

<sup>2</sup> ראו למשל: ת"צ (תל אביב) 35275-12-18 **אופק-חזרה לחיים נ' מרכז רפואי ע"ש שיבא-תל השומר** (נבו 2.6.2022) (להלן: "ענין אופק"); ת"צ (חיפה) 17050-02-09 **גיל נ' קופת חולים מאוחדת** (נבו 8.7.2009), סעיפים י"ב-י"ג; ת"צ (תל אביב) 53786-04-13 **שמאי נ' קופת חולים כללית** (נבו 21.7.2014), סעיפים 9-10; ע"ע (עבודה ארצי) 1229/01 **מכבי שירותי בריאות נ' וקסלר** (נבו 23.10.2001), סעיף 7; ת"צ (מחוזי חיפה) 38325-03-10 **בויטלר נ' שירותי בריאות כללית** (נבו 23.5.2010).

<sup>3</sup> בעניין זה, ראו והשוו: ע"מ 7752/12 **אסל נ' מנהל מקרקעי ישראל** (נבו 2.11.2014), סעיף ל"ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין; סעיפים 10-8 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס, שם; דנ"מ 5519/15 **יונס נ' מי הגליל** (נבו 17.12.2019), סעיף 29 לפסק הדין של כב' הנשיאה (בדימוס) חיות. עוד תוזכר **ההלכה הפסוקה לפיה, טענה בדבר חוסר סמכות עניינית יש להעלות, ככלל, בשלבים מקדמיים של ההליך, והאפשרות להעלות טענה זו בשלבים מאוחרים יותר לאחר שבית המשפט כבר נדרש להליך לגופו, היא מצומצמת**. זאת, "מטעמים של יעילות וחסכון במשאבים וכן משיקולים של תום לב דיוני ומניעת שימוש לרעה בהליכים משפטיים" (רע"א 8426/20 **הועדה המקומית לתכנון ובנייה אצבע הגליל נ' שטרית** (נבו 30.12.2021), סעיף 12). עוד ראו רע"א 11183/02 **כלפה נ' זהבי פ"ד נח(3) 49, 51-52** (1.2.2004) שם הוער (כבר לפני 20 שנה) כי "מתחזקת והולכת בפסיקת בתי המשפט המגמה שלא להיזקק לטענת היעדר סמכות עניינית הנטענת באיחור". כן ראו: ע"א 8553/19 **אלכסנדר אורן בע"מ נ' כהן** (נבו 17.11.2020), סעיף 32 לפסק דינו של כב' השופט שטיין; ע"א 4891/20 **West Face Capital Inc corporation נ' גרינברג** (נבו 3.2.2021), סעיף 23 לפסק דינו של כב' השופט עמית.

הרלבנטיות, מלמדת, שהגבייה הייתה כדין.

11. בהחלטה נושא בקשת רשות הערעור קבע בית המשפט המחוזי קמא, **שניתן היה להגיש את הבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית, על פי פרט 1, היות ויש לראות את מכבי כ"עוסק"**, בהתייחס לגביית דמי ההשתתפות העצמית עבור השירותים הכלולים ב-"סל מכבי". על כן, נדחו טענות מכבי לסילוק בקשת האישור על הסף.
12. בקשת האישור התקבלה לגופה. בית משפט קמא קבע **ביחס לחולים כרוניים**, כי לשונה של תכנית הגבייה שחלה במועדים הרלבנטיים ומחייבת על פי חוק- ברורה, ונקבעה בה תקרת השתתפות עצמית חודשית, אשר מתעדכנת מעת לעת, **וכוללת את כל התרופות בהן משתמש החולה הכרוני, לרבות התרופות הכלולות בסל התרופות של הקופה** (ולא חלה רק על התרופות שכלולות בסל הבסיסי של החוק, כפי שטענה מכבי). **ביחס לחולים במחלות קשות נקבע, שתכנית הגבייה מעניקה פטור מדמי השתתפות עצמית, בין אם מדובר בתרופות המיועדות למחלות הקשות ובין אם לא, וזאת גם ביחס לתרופות שכלולות בסל מכבי ולא בסל הבסיסי של החוק**, תוך שנדחתה טענת מכבי שהפטור מתשלום עבור תרופות שלא קשורות למחלות הקשות, לא חל על התרופות שבסל מכבי.
13. בהמשך לכך קבע בית משפט קמא, **שקיימת אפשרות סבירה לקבלת טענת המשיבה בדבר הפרת חובתה של מכבי הקבועה בתכנית הגבייה ובהוראות חוק ביטוח בריאות**, בגביית דמי השתתפות עצמית עבור תרופות הכלולות בסל מכבי מחולים כרוניים בסכומים גבוהים מהתקרה הקבועה בתכנית הגבייה, ובגביית דמי השתתפות עצמית עבור תרופות שבסל מכבי מחולים קשים, המנוגדת לפטור שקובעת בעניינם תכנית הגבייה. עוד קבע בית משפט קמא, שגם שאר התנאים הדרושים לאישור התובענה כייצוגית מתקיימים: מדובר בדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת וניהול התובענה ישרת את תכליות חוק תובענות ייצוגיות. לאור האמור, **אישור בית המשפט קמא את ניהול התובענה כייצוגית**.

#### ד. טענות הצדדים בהליך בקשת רשות הערעור

14. מכבי טוענת, שיש לדחות את בקשת האישור על הסף ולחלופין לגופה. לטענתה, במתן תרופות לחבריה שאינן כלולות בסל התרופות הממלכתי אלא בסל מכבי, תמורת תשלום השתתפות עצמית, היא לא פועלת כעוסק ואין שום יסוד מסחרי-פרטי בפעולותיה, שהרי תשלומי ההשתתפות העצמית מממנים רק חלק קטן מעלות התרופות ולכן "אין מדובר בפעולה מסחרית. מדובר בפעילות צדקה (הפסדית) באופן מובהק שמכבי עושה לרווחת חבריה" (סעיף 7 לבקשה). על כן, לטענת מכבי, לא ניתן להגיש נגדה בקשה לאישור תובענה כייצוגית בעניין זה מכוח פרט 1. עוד טוענת מכבי, שדין בקשת האישור להידחות גם לגופה. לטענתה, לשונה של תכנית הגבייה אינה ברורה ופרשנות תכליתית של התכנית מלמדת, שתקרת גביית ההשתתפות העצמית שקבועה בתכנית חלה רק על תרופות שבסל הבסיסי של החוק, בהינתן שהתרופות שבסל מכבי הן תרופות שמכבי לא הייתה מחויבת לספק לחבריה (אלמלא החליטה לכלול אותן בסל מכבי) ועצם נתינתן מיטיבה עם החולים. עוד טוענת מכבי, שפרסומים שונים של משרד הבריאות תמכו בפרשנותה לתכנית הגבייה ולטענתה, יש לתת "משקל רב ואף מכריע" לעמדת משרד הבריאות בעניין (סעיף 30 לבקשה). כמו כן טוענת מכבי, שכאשר קיבלה את החלטתה לכלול בסל מכבי תרופות שאינן כלולות בסל הבסיסי של החוק עשתה זאת תחת ההבנה, שהתקרות והפטורים הקבועים בחוק ביטוח בריאות ובתכנית הגבייה לא יחולו עליהן. לטענתה, קביעת אחרת בדיעבד היא בלתי הוגנה – ו- "שעה שמכבי ניסתה להיטיב עם מבוטחיה מעבר לחובותיה בדין, היא עומדת בפני תביעה בסכומי עתק. קשה לקבל מצב דברים שכזה" (סעיף 39 לבקשה).
15. המשיבה טוענת מנגד, שיש לדחות את בקשת רשות הערעור ולהותיר על כנה את ההחלטה בדבר אישור התובענה כייצוגית. לטענתה, בקשת האישור באה בגדר פרט 1, היות שבגביית דמי ההשתתפות העצמית עבור תרופות שבסל מכבי, מכבי פעלה כעוסק. המשיבה טוענת, שמכבי מתחרה "כמו כל מתחרה עסקית" בחברות הביטוח ובקופות החולים האחרות על משיכת מבוטחים והיא עושה זאת "משיקולים מסחריים כלכליים ושיווקיים". עוד טוענת המשיבה, שלגוף הדברים צדק בית משפט קמא באישור התובענה כייצוגית. לטענתה, תכנית הגבייה ברורה ומורה על כך, שהפטורים ותקרת ההשתתפות העצמית הקבועים בה חלים גם על התרופות הכלולות בסל מכבי.

## עמדת היועצת המשפטית לממשלה

### ה. מיהותן המורכבת של קופות החולים כגופים "דו-מהותיים"

16. תחילה נידרש למיהותן המורכבת של קופות החולים באופן כללי ולפנים השונות שיש בפעילותן. מתוך כך יפורט ניתוח סיווג הפעילות הקונקרטית שבה עוסק ההליך דנן.
17. קופות החולים סווגו בפסיקה כגופים "דו-מהותיים", בעלי מאפיינים ציבוריים מסוימים, לצד מאפיינים אחרים של גופים פרטיים ובראשם העובדה, שקופות החולים לא הוקמו בדין, אלא הן מאוגדות כאגודות עותומניות שהוקמו בגדרי המשפט הפרטי. כך, באחד מפסקי הדין של בית משפט זה<sup>4</sup> נקבע: "אין חולק כי מכבי, בדומה ליתר קופות החולים, היא גוף דו-מהותי הכפוף במידה כזו או אחרת לעקרונות המשפט המנהלי. הגדרתן של קופות החולים כגופים דו-מהותיים נלמדת, בין השאר, מכך שהמחוקק הטיל עליהן משימה לאומית חיונית של מתן שירותי הבריאות לתושבי המדינה...". כך גם מטעמים נוספים המפורטים שם ובכללם לאור "היותן נתמכות על ידי המדינה". לאור זאת, הוחלו על הקופות חובות מסוימים של המשפט המנהלי, אולם, "לא בכל הקשר יש להטיל על קופות החולים את חובות המשפט המנהלי במלוא עוזן. היקפן של חובות אלה צריך שייגזר מנסיבות העניין" (שם, סעיף 27).
- כמו כן ראו בעניין אהרן<sup>5</sup>, בסעיף 16 לפסק דינו של כב' השופט עמית:
- "חרף היותן מאוגדות כאגודות עותומניות, יש לראותן כיצור שרגליו נטועות עמוק גם בטרטוריה של המשפט הציבורי". לצד זאת נקבע שם (בסעיף 33 לפסק הדין): "הזיקה של התושב לקופת החולים... קרובה יותר לזיקה שבין צרכן שירותים לספק שירותים...".
- כמו כן ראו בעניין שמול<sup>6</sup>, שם נקבע על ידי שניים משופטי ההרכב, שבעריכת ניסויים רפואיים בבתי חולים השייכים לקופת חולים כללית, בתי החולים פעלו כרשות שלטונית<sup>7</sup>.
18. עוד יצוין, שעל קופות החולים (בדומה למדינה, לתאגיד ממשלתי, מועצה דתית ומוסד להשכלה גבוהה) חלה חובה, ככלל, לערוך מכרזים פומביים לשם "ביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים"<sup>7</sup>, ועתירות בענייני אותם מכרזים נדונות בבתי המשפט לעניינים מנהליים<sup>8</sup>.
19. כמו כן ראו בעניין חיון<sup>9</sup>, בסעיף 31 לפסק דינה של כב' השופטת (בדימוס) ברון:
- "קופות החולים אמונות על מתן שירותי בריאות ציבוריים... שנכללים בסל הבריאות... מדובר בשירות ציבורי ראשון במעלה, שמצוי בליבת מערך הזכויות הסוציאליות שמוענקות לתושבי המדינה... העובדה שקופות החולים מאוגדות כאגודות עותומאניות איננה גורעת מהמסקנה שהן עוסקות בפעילות ציבורית ראשונה במעלה...".
- אמנם, כב' השופטת (בדימוס) ברון הייתה בדעת מיעוט בפסק הדין, בהתייחס לקביעתה שיש לסווג באופן גורף (בגדרי חוק תובענות ייצוגיות) את קופות החולים כ- "רשות", אולם ביחס לציטוט האמור, גם כב' השופט גרוסקופף (שכתב את דעת הרוב שם) הצטרף לדברים (סעיף 1 לפסק דינו) ואף הוסיף: "מוכן אני אף להרחיק מעבר לכך... ולשבח את ארבע קופות החולים... על תרומתן לאיכות החיים במדינת ישראל בכלל ולבריאות הציבור הישראלי בפרט... לקופות החולים תפקיד מפתח בפעילות מערך הבריאות הציבורי בישראל...".
20. לצד זאת, הבהיר כב' השופט גרוסקופף בדעת הרוב בעניין חיון, שההיבטים הציבוריים האמורים בפעילותן של קופות החולים והחובות מתחום המשפט המנהלי המוטלים על הקופות אינם מצדיקים לסווגן באופן גורף כרשות:

<sup>4</sup> בג"ץ 3933/11 מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות (נבו 25.3.2014), סעיף 26 (להלן: "עניין מכבי").

<sup>5</sup> רע"א 4958/15 שירותי בריאות כללית נ' אהרן (נבו 23.10.2017) (להלן: "עניין אהרן").

<sup>6</sup> ראו: ע"א 887/19 שמול נ' שירותי בריאות כללית (נבו 21.11.2022) (להלן: "עניין שמול") בפסק דינו של כב' השופט כבוב שם, אליו הצטרף כב' השופט מיינץ. יצוין, שכב' השופט פוגלמן בפסק דינו שם הסתפק בקביעה שבתי החולים לא פעלו כ"עוסק" ולא הביע עמדתו האם הם פעלו כרשות.

<sup>7</sup> סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992.

<sup>8</sup> ראו: סעיף 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000.

<sup>9</sup> בג"ץ 6451/18 חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו 19.7.2021) (להלן: "עניין חיון").

"השאלה איננה האם יש להטיל על קופות החולים חובות מתחום המשפט הציבורי ביחס לפעילות בה עסקינן. חובות כאלה ראוי להטיל עליהן ביחס לאספקת שירותים הכלולים בסל הבריאות מכוח מעמדן כגופים דו-מהותיים, ואולם אין בהן כדי ללמד, מניה וביה, על כך שלצורך ההגדרה המנהלית יש לראות בהן "רשות" (סעיף 22, שם). עוד חידד שם כב' השופט גרוסקופף, שהעובדה שקמה לאזרח זכות לקבלת שירות חיוני "אין משמעה כי כל גורם המספקת שירות זה הלכה למעשה ממלא תפקיד ציבורי על פי דין".

21. בפסיקה נוספת הוטעמו ההיבטים הפרטיים בפעילותן של קופות החולים בהקשרים נוספים. כך, בעניין ניל<sup>10</sup> נקבע, שקופות החולים אינן ממלאות תפקיד ציבורי על פי דין בגדרי סעיף 15(ד) לחוק יסוד השפיטה ואין מקום להגיש עתירה לבג"צ נגדן. אכן, בהתאם להוראות סעיף 54 לחוק ביטוח בריאות, ככלל, בחינת פעילות קופות החולים "אינה נדונה בבתי המשפט המנהליים, אלא בבתי הדין לעבודה" (עניין חיון, סעיף 23 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף). עוד ראו בעניין **משרד הבטחון**<sup>11</sup> שם נפסק, שלא ניתן להעביר מידע מגופים ממשלתיים לקופות החולים בגדרי סעיף 23 לחוק הגנת הפרטיות תשמ"א-1981, מאחר שקופות החולים אינן בגדר "גוף אחר הממלא תפקידים ציבוריים על פי דין".<sup>12</sup> כמו כן הוטעם בהקשר זה ביחס לקופת חולים כללית, שהקופה היא "מלכתחילה יציר המשפט הפרטי"<sup>13</sup>, הגם שהתפקיד של מתן שירותי בריאות למיליוני מבטחים הוא: "תפקיד ציבורי מן המעלה הראשונה" (שם), גם בשים לב לכך שקופות החולים הן "גוף נתמך", כמשמעותו בחוק יסודות התקציב התשמ"ה-1985 (שם), ופעילות קופות החולים "נושאת אופי ציבורי משמעותי ביותר" (שם, סעיף ט"ז).

עם זאת, הודגש בפסק הדין: "אין ניתן לראות במערערת, ובקופות החולים בכלל, גופים ציבוריים "טהורים" לכל עניין ודבר... לקופות החולים "גנטיקה" ומבנה של גוף מן המשפט הפרטי... הקביעה לפיה גוף פלוני ממלא תפקיד ציבורי או שחלות עליו נורמות מתחום המשפט המינהלי אינה מובילה, מיניה וביה, למסקנה כי גוף זה הוא גוף ציבורי, במשמעות פיקוחו הייחודי של בית המשפט הגבוה לצדק" (שם, סעיף י"ז). עוד הוטעם, "פעילויות רבות של המערערת (קופת חולים כללית- הח"מ) אינן בבחינת "תפקיד ציבורי" (שם, סעיף י"ח).

22. חוק ביטוח בריאות ממלכתי (שנחקק בשנת 1994) בוודאי חיזק את מעמדן של קופות החולים כגופים דו-מהותיים, ואת המאפיינים הציבוריים המסוימים בפעילות הקופות, אולם, לצד זאת, הוא לא שלל את המאפיינים הפרטיים בחלק מפעילותן; לא שינה את מבנה התאגדותן כגופים יצירי המשפט הפרטי וודאי לא ייתר את הצורך לבחון את אופי הפעילות הפרטנית שנדונה במקרה קונקרטי. יפים לעניין זה דברי היועץ המשפטי לממשלה (דאז) בעמדתו שהוגשה לבית המשפט הנכבד בעניין חיון (סעיפים 83-90)<sup>14</sup>:

"ערב חקיקת חוק ביטוח בריאות סיפקו קופות החולים שהינן אגודות עותומניות שירותי בריאות למי שהיו חברים אצלן... לא חויבו לספק שירותים מסוימים. פעילותן של קופות החולים מומנה באמצעות דמי חבר תקופתיים ששולמו להן. אדם שלא היה חבר בקופת חולים ולא שילם דמי חבר לא זכה להיות מבוטח בביטוח בריאות. אין חולק כי חוק ביטוח בריאות חולל מהפכה בכל הנוגע לשירותי הבריאות במדינת ישראל... ואולם להווי ידוע כי המהפכה... לא מצאה ביטוייה בכך שהמחוקק כונן תאגידים סטטוטוריים שיתנו שירותי בריאות... המהפכה לא מצאה את ביטוייה בכך שהמחוקק הטיל את התפקיד של אספקת שירותי בריאות... על המדינה... בחינת ביצוע באמצעות אחר או זרוע ארוכה... המחוקק בחר להסדיר את אספקת שירותי הבריאות באופן שהמדינה מממנת את עלות הסל... והגורם השלטוני מוסמך... להכיר בתאגיד כקופת חולים והכרה היא תנאי לכך שהתאגיד יספק את שירותי הבריאות... תחת רגולציה מקיפה והדוקה במיוחד... חוק ביטוח בריאות העמיק וביסס את מעמדן הדו-מהותי של קופות החולים לנוכח חיוניותן של השירות על אספקתן הן מנויות, היקפו והתקצוב הציבורי שניתן

<sup>10</sup> בג"ץ 6658/02 ניל"י נ' שירותי בריאות כללית (נבו 29.1.2003).

<sup>11</sup> ע"א 8825/03 שירותי בריאות כללית נ' משרד הבטחון (נבו 11.4.2007) (להלן: "עניין משרד הבטחון").

<sup>12</sup> יצוין, שבמועד מאוחר יותר, בשנים 2016-2017 הוסדרה בחקיקה ראשית ובתקנות, העברת מידע רלבנטי ממשרד הביטחון לקופות החולים, לשם שיפיון בקשר לביטוח בריאות של נכי צה"ל. ראו: סעיף 40ב לחוק ביטוח בריאות; תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (מסירת מידע ממשרד הבטחון) תשע"ז-2017.

<sup>13</sup> עניין משרד הבטחון, סעיף ט"ו לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

<sup>14</sup> העמדה מצ"ב ומסומנת א'.

**להן לצורך כך... חוק ביטוח בריאות לא הלאים את קופות החולים וגם לא העניק להן תפקידים שלטוניים.**  
**התפקידים השלטוניים במערכת הבריאות נותרו בידי רשויות המדינה וחוק ביטוח בריאות אף חידד והדגיש את**  
**האבחנה בין נותני השירות (הקופות) לבין רשויות המדינה המופקדות על רגולציה ופיקוח הדוק ביותר".** ועוד ראו  
 שם בסעיף 92 לעמדה בעניין חיון, שהרגולציה המקיפה וההדוקה על קופות החולים המעוגנת בחוק ביטוח בריאות,  
**"יש בה כדי ללמד כי קופת החולים היא במעמד של הגוף המפוקח על ידי הרשות ולא הרשות עצמה..."**

23. הוראה נוספת בחוק ביטוח בריאות, שיש בה ביטוי להיבטים הציבוריים המסוימים בפעילות הקופות<sup>15</sup> היא הוראת  
 סעיף 25(1) לחוק הקובעת, שאחד התנאים להכרה בתאגיד כקופת חולים הוא, שמדובר בתאגיד שמחויב להשקיע  
 את כל רווחיו לשם ביצוע מטרותיו ונאסר עליו לחלק את רווחיו בין חבריו או בעלי מניותיו. אכן, הוראה זו מבדילה  
 בין קופות החולים לחברות עסקיות, אולם, יש לסייג מעט את הדברים:

א. קיימים תאגידים נוספים שנאסר עליהם לחלק רווחים. כך, עמותה מוגדרת כתאגיד שאינו מכוון לחלוקת רווחים  
 ומטרתו העיקרית אינה עשיית רווחים (סעיף 1 לחוק העמותות תש"ס-1980), ועל פי דין העמותה אף אינה רשאית  
 לחלק רווחים לחבריה (סעיף 34 לחוק העמותות). הוראות דומות נקבעו ביחס לחברות לתועלת הציבור (ראו  
 סעיפים 345א(א), 345 לחוק החברות תשנ"ט-1999). לצד האמור, נפסק, **שתאגידים אלה עשויים לפעול כ-**  
**"עוסק" באופן שיאפשר הגשת תובענה ייצוגית נגדם בגדר פרט 1, ביחס לאותן פעולות.**<sup>16</sup> ברי **שכך נכון גם ביחס**  
**לקופות החולים.**

ב. יש לציין, שקופות החולים רשאיות, בתנאים מסוימים ובאישור שרי הבריאות והאוצר להחזיק בתאגיד אחר. ראו:  
 סעיף 29 לחוק ביטוח בריאות. על בסיס הוראה זו מחזיקות קופות החולים כיום תאגידים וחברות עסקיות **למטרות**  
**רווח.**<sup>17</sup> בנוסף, לקופות החולים השונות הכנסה מפעילויות כגון בתי אבות, דיור מוגן, השכרת נכסים ועוד. לאור כך,  
 לקופות החולים מקורות הכנסות עצמאיים (גם אם בשיעור קטן באופן יחסי) מעבר להכנסותיהן מתקציב המדינה  
 ומגביית דמי השתתפות עצמית ואף בכך ביטוי להיבטים הפרטיים בפעילותן.

24. יצוינו בקצרה הוראות נוספת של חוק ביטוח בריאות שמביאות לידי ביטוי את ההיבטים הדו-מהותיים בפעילות  
 הקופות. סעיף 3(ב) לחוק קובע, שהמדינה אחראית למימון סל שרותי הבריאות מהמקורות המנויים בסעיף 13  
 לחוק. הפסיקה ראתה בהוראה זו ביטוי להיבטים הציבוריים המסוימים בפעילות הקופות.<sup>18</sup> עם זאת, ברי שאין  
 בתקצובן של הקופות מתקציב המדינה כדי לשלול את פעילותן של הקופות כעוסק, בכפוף לבחינת נסיבות הפעילות  
 הקונקרטית (ואף המדינה עצמה הוכרה כעוסק בנסיבות מסוימות, כדלהלן). להלן יורחב ביחס לשאלה זו, בהקשר  
 של סיווג וניתוח דמי ההשתתפות העצמית שגובות הקופות ממבוטחיהן.

25. עוד יצוין, שקופות החולים מציעות לחבריהן שורת מוצרים שלא כלולים בסל הבריאות הקבוע בחוק וזאת במסגרת  
 "שירותי בריאות נוספים" בהתאם להוראות סעיף 10 לחוק ביטוח בריאות. בכלל זה, למשל: רפואה משלימה;  
 טיפולים אסתטיים, ועוד. בפעילויות כגון אלה בוודאי באים לידי ביטוי ההיבטים הכלכליים והתחרותיים וניתן

<sup>15</sup> ראו בחוות דעתה של כב' השופטת (בדימוס) ברון (בדעת מיעוט) בעניין חיון, סעיף 33.

<sup>16</sup> ראו בעניין ת"א (מחוזי תל אביב) 1839/00 גפני נ' עמותת אגודת בעלי מוניות התחנה (נבו) החלטה מיום 8.4.2008 ופסק דין מיום  
 21.12.2011 (21.12.2011) ובהליך הערעורי באותו עניין- ע"א 4696/08 גפני נ' עמותת אגודת בעלי מוניות התחנה (נבו) 5.8.2010 (שם נדונה בקשה לאישור  
 ניהול תובענה כייצוגית שהוגשה נגד עמותה מכוח פרט 1, כאשר הבירור (בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון) עסק בעילות התביעה לגופן,  
 ולבסוף אושר הסדר פשרה בהליך וניתן פיצוי מסוים לחברי הקבוצה. ראו בעניין זה גם ב-ת"צ (מחוזי תל אביב) 1254-08 דיקשטיין נ' העמותה  
 לקידום מקצועי חברתי של הפקידים (נבו, 25.4.2010) (להלן: "עניין דיקשטיין"), שם הוער בעמוד 11, שבעניין גפני, היה ברור שהעמותה  
 עונה להגדרת עוסק בגדר פרט 1, כי אופי פעילותה היה עסקי. ועוד ראו בעניין דיקשטיין, בעמודים 9-10 שם נדחתה בקשת אישור שהוגשה נגד  
 עמותה, מהטעם, שפעילות העמותה הספציפית אינה מוגדרת כפעילות כעוסק מבלי שנשללה האפשרות לראות את פעילותן של עמותות אחרות  
 כפעילות כעוסק, תוך שנאמר, שיש לבחון את אופי פעילותה של כל עמותה קונקרטית.

<sup>17</sup> כך, קופת חולים כללית מחזיקה בחברת "ש.ל.ה שרותי רפואה בע"מ", "כללית הנדסה רפואית בע"מ", "מור המכון למידע רפואי בע"מ" אשר  
 תחתיה ישנם חברות פרטיות נוספות כמו בתי החולים הפרטי הרצליה מדיקל סנטר, "מור מאר", "נווה שבא" ועוד; כך, מכבי מחזיקה תחתיה את  
 רשת בתי החולים הפרטיים "אסותא מרכזים רפואיים"; כך, מאוחדת מחזיקה בקבוצת "נ.א.ר.א מדיקל סנטר בע"מ" באמצעות חברת הבת "יאלון  
 הרחבה (1983)"; כך, לאומית מחזיקה בקבוצת טר"ם אחזקות בע"מ.

<sup>18</sup> ראו: עניין מכבי, סעיף 26; עניין אהרן, סעיפים 17-21; עניין משרד הביטחון, סעיף ט"ו; סעיף 45 לפסק דינה של כב' השופטת (בדימוס) ברון  
 (בדעת מיעוט) בעניין חיון.

לזהות בהן פנים המאפיינים גופים פרטיים כגון שירות לקוחות, מוקדי שיווק וגיוס, פעולות פרסום ועוד.<sup>19</sup>

26. למען שלמות התמונה, יצוין, שבשים לב למורכבות האמורה אף גובשה בכנסת ה-24 הצעת חוק ממשלתית שבה הוצע לקבוע הוראות מיוחדות ומפורשות בחוק תובענות ייצוגיות ביחס לקופות החולים. ביום 1.12.2021 פורסמה הצעת החוק ברשומות<sup>20</sup> שבמסגרתה הוצע כי ההגנות החלות על רשויות מנהליות לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: "פרט 11") יחולו גם על תביעת השבה נגד קופות חולים במסגרת פעילותן לפי סל שירותי הבריאות. הצעת חוק זו הונחה על שולחן הכנסת ה-24 לקריאה ראשונה אך לא התקיימה הצבעה בעניינה. נוסף על כך, לאחרונה, ביום 21.4.2024 פרסם משרד המשפטים להערות הציבור תזכיר חוק<sup>21</sup>, בו מוצע תיקון דומה לחוק. ראו גם בדברי ההסבר לתזכיר החוק (עמוד 36 לתזכיר) המחדדים את מורכבות סיווג פעילותן של קופות החולים:

"מחד גיסא, יש קושי להגדיר אותן כרשות... ומאידך גיסא יש היגיון וצורך להחיל עליהן את ההגנות שמקנה חוק לרשות בלבד<sup>22</sup> במקרים מסוימים... קופות החולים מספקות את התשתית הבסיסית של שירותי הבריאות בישראל לציבור... המקורות הכלכליים של הקופות קבועים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי ומהווים הוצאה ציבורית משמעותית אשר ממומנת באמצעות כספי מיסים... וכן מהשתתפויות עצמיות של המבוטחים... ואם תקציבן גרעוני, גירעון זה מכוסה על ידי המדינה... ההצדקות להענקת ההגנות לקופות החולים קיימות רק במקרה שבו קופת החולים פועלת במסגרת פעילותה לפי סל השירותים... פעילות קופות החולים במסגרת שירותי הבריאות הנוספים... לא תיכלל במסגרת ההגנה ובמקרה זה ובמקרים נוספים יהיה ניתן להגיש נגד קופת חולים תביעה לפי פרט 11..."

בשלב זה מדובר בתזכיר חוק בלבד, וכמובן, בהליך שבכותרת, יש לבחון את סיווג פעילותה של מכבי שבה עוסק הליך זה בגדר החוק הקיים, ובשים לב לעקרונות שפורטו לעיל.

27. **סיכומם של הדברים בפרק זה:** פעילותן של הקופות היא רבת אנפין, וכלולים בה היבטים שונים, מהם פרטיים ומהם ציבוריים. על כן, סיווג הפעילויות השונות של הקופות כרוך במורכבות ודורש בחינה ראויה, **בהתאם לנסיבות הפרטניות והקונקרטיות** של הפעילות שבה מדובר.

## ו. האם בקשת האישור דנן באה בגדר פרט 11?

### 11. עיקרון "הרשימה הסגורה" של העניינים שניתן להגיש בהם בקשה לאישור תובענה כייצוגית

28. בסעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות נקבע: "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה..."<sup>23</sup>. משמעות הדברים היא, שרשימת העניינים הכלולה בתוספת השנייה היא "רשימה סגורה", שלא ניתן להגיש תובענה ייצוגית בכל עניין שלא כלול בה. כפי שהוטעם בעניין קדימה<sup>24</sup>: "המחוקק הגביל את עילות התביעה בגינן ניתן לנהל תובענות ייצוגיות רק לאלה הכלולות בתוספת השנייה... כך שנוצרה רשימה סגורה של עילות תביעה בגינן ניתן לנהל תובענה ייצוגית... בעשותו כן תחם המחוקק את המצבים בהם ניתן לעשות שימוש במכשיר הדינוי של התובענה הייצוגית..."<sup>25</sup>. ועוד חודד בעניין חיון<sup>25</sup>: "חוק תובענות ייצוגיות מאפשר ניהול הליכים ייצוגיים רק בעניינים המנויים בתוספת השנייה... ומכאן שתביעה שאיננה באה בגדרי איזה מן הפרטים

<sup>19</sup> החוק לא אסר על קופות החולים פעולות שיווק ופרסום, כל עוד הן עומדות בהגבלות שנקבעו בדין בעניין. ראו: סעיפים 10(ה), 29(ב) ו-2, לחוק ביטוח בריאות; תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (פרסום, שיווק וקידום מכירות) תשנ"ח-1998.

<sup>20</sup> הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 14), התשפ"ב-2021.

<sup>21</sup> תזכיר חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16) התשפ"ד-2024 (להלן: "תזכיר חוק תובענות ייצוגיות").

<sup>22</sup> יצוין שהגנת ההדילה (ראו סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות) והגבלת תקופת ההשבה (ראו סעיף 21 לחוק) חלות רק ביחס לתביעות ייצוגיות שמוגשות על פי פרט 11 ואינן חלות על תביעות ייצוגיות המוגשות לפי פרט 1 (אף כשמדובר בתובענות ייצוגיות נגד המדינה עצמה).

<sup>23</sup> הסעיף ממשיך: "או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית". כיום, לא קיימת הוראת חוק כאמור, ולכן העניינים הבלעדיים שניתן להגיש בהם תובענה ייצוגית הם העניינים הכלולים בתוספת השנייה לחוק.

<sup>24</sup> ע"א 4110/18 פלוגית נ' קדימה מדע-חינוך לחיים בע"מ (נבו 7.11.2019), סעיף 8 (להלן: "עניין קדימה").

<sup>25</sup> סעיף 43 לפסק דינה של כב' השופטת (בדימוס) ברון, שם (בדעת מיעוט אבל לא בעניין זה). ראו גם בסעיפים 1, 3-9 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף, שם.



המנויים בתוספת השנייה, לא ניתן לנהלה במתכונת ייצוגית... אפשר להשקיף על הפרטים שבתוספת השנייה כמעין "איים" "בים" של סוגי תביעות שניתן לנהלן כייצוגיות. ישנם איים גדולים וכאלה שהם קטנים יותר, כל אי קובע תנאים משלו על מנת שניתן יהיה לבוא בשעריו; לכל אי יש גבולות, ובין האיים ים. ואל הים נדונים הליכים שלא ניתן "להעלות" לאיזה מן האיים שבתוספת השנייה – והמשמעות היא שלא יתבררו כתובענה ייצוגית."

29. משמעות הדברים היא, שעשויים להתעורר מקרים בעניינם קיימת עילת תביעה בדין הכללי, אך לא ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית, ככל שלא מדובר בעניין הכלול בתוספת השנייה לחוק. זאת, גם אם מדובר במקרה שמבחינה תכליתית עשוי היה להיות מתאים להליך של תובענה ייצוגית. ראו בעניין **בנק יהב**<sup>26</sup>: "ההכרעה הבסיסית שהיא משקפת הריהי, שלא בכל עניין ניתן להגיש תובענה ייצוגית, ומה שלא הותר במפורש אסור. העובדה שתובענה ייצוגית עשויה להיות מנגנון יעיל ורצוי בנסיבות מסוימות כשלעצמה אינה מספקת כדי לאשר תובענה כייצוגית. הכרעה זו משקפת זהירות מפני התרה כללית של רסן התביעות הייצוגיות".

כך נקבע לאחרונה, אף בהתייחס לעניינן של קופות החולים (מבלי להכריע באפשרות להגשת תובענות ייצוגיות נגדן בגדר פרט 1) בעניין **שלמה**<sup>27</sup>: "יוער, כי ההליך הייצוגי, בפרט בשים לב לתכליותיו, אינו 'מזור לכל מכאוב'". אכן, מצאנו לא מעט מקרים, שבהם נדחו בקשות לאישור תובענות כייצוגיות על הסף, בעניינים שונים, כאשר נמצא שלא מתקיימת התאמה לעניינים הכלולים בתוספת השנייה לחוק.<sup>28</sup>

30. מהצד השני, ברי, שכאשר נערכת בחינה פרשנית של התאמת בקשת אישור קונקרטי לפרט מפרטי התוספת השנייה לחוק, יש ליתן את הדעת גם על תכליות חוק תובענות ייצוגיות, וזאת כחלק ממלאכת הפרשנות. כאשר בקשת אישור עולה בקנה אחד עם תכליות ההליך הייצוגי, ובפרט כאשר לא קיימת היתכנות מעשית וכדאיות כלכלית להגשת תביעות אישיות, יינתן משקל להיבט התכליתי בפרשנות התוספת השנייה לחוק. אכן, אין בהיבט התכליתי כדי לאפשר הגשת תובענה ייצוגית במקרים שאינם באים בגדר התוספת השנייה. אולם במקרים שבהם קיים ספק פרשני בעניין, הטיעון התכליתי הוא בעל משקל. כפי שנפסק בעניין **בנק יהב**, פרשנות פרטי התוספת השנייה צריכה להיעשות, בין היתר, על בסיס "התכליות שחוק תובענות ייצוגיות בא להגשים" (סעיף י"ט לפסק הדין של כב' השופט רובינשטיין, שם). ועוד נקבע שם בסעיף כ"ב: "פרשנות התוספת מסורה לבתי המשפט ועליהם לפרשה בהתאם לתכליות החוק...".<sup>29</sup>

31. לאור האמור, נפסק בעניין **חיון**: "הצורך לבחון בכובד ראש אם תביעה מסוימת באה בגדרו של איזה מן הפרטים שבתוספת השנייה... אף שהדבר איננו סותם את הגולל על העילה האישית של התובעים... ההשלכה של קביעה מעין זו על זכויות נפגעים והיכולת לאכוף את הדין ולהרתיע מפני הפרתו, הן משמעותיות" (סעיף 43 לפסק דינה של כב' השופטת (בדימוס) ברון, שם).

## 21. גדר פרט 1- כללי

32. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה **בקשת האישור דן באה בגדר פרט 1**. זאת, בשים לב לגדר פרט 1 כשלעצמם; למיחות פעילותה של מכבי בגביית דמי השתתפות עצמית עבור תרופות הכלולות בסל מכבי; לתכליות חוק הגנת הצרכן ולתכליות חוק תובענות ייצוגיות. הכל, כפי שיפורט להלן.

<sup>26</sup> רע"א 2598/08 **בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא** (נבו 23.11.2010), סעיף כ"א לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין (להלן: "עניין בנק יהב").

<sup>27</sup> בג"ץ 7600/23 **שלמה נ' בית הדין הארצי לעבודה** (נבו 17.12.2023), סעיף 11 לפסק דינו של כב' השופט כבוב (להלן: "עניין שלמה").  
<sup>28</sup> כך לדוגמא, בעניין **קדימה**, נדחתה, על הסף, בקשת אישור שהוגשה בטענה להפרת הוראות חוק הגנת הפרטיות (שאינו כלול בתוספת השנייה לחוק), שהוגשה כנגד גוף שלא פעל כעוסק באותו עניין; כך לדוגמא, בעניין ע"מ 4784/19 **הרינג נ' משרד המשפטים** (נבו 12.11.2020), נדחתה, על הסף, בקשת אישור של חייב נגד רשות האכיפה והגבייה בגין כספים שנגבו ממנו במסגרת ההוצאה לפועל, משעה שהיא לא באה בגדר פרט כלשהו לתוספת השנייה; כך, לדוגמא, בעניין ע"א 887/19 **שמואל נ' שירותי בריאות כללית** (נבו 21.11.2022), נדחתה בקשת אישור בעניין ניסויים רפואיים שנערכו בבית חולים (לפי הטענה בניגוד לדין), מהטעם שלא באה בגדר התוספת השנייה.

<sup>29</sup> עוד ראו בסעיפים מ-מא לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין, שם. גם כב' השופט פוגלמן בסעיף 4 לפסק דינו שם נתן משקל, בין היתר, לתכליות חוק תובענות ייצוגיות. כך גם כב' השופט ג'ובראן בפסק דינו שם.

33. זו לשונו של פרט 1: **"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו בין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו"**.

תביעות ייצוגיות נגד עוסקים הן מסוגי התובענות הייצוגיות שניתן היה להגישן עוד טרם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, מכח הוראות חוק ספציפיות, שהיו קבועות בחוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981 (להלן: **"חוק הגנת הצרכן"**),<sup>30</sup> שבוטלו עם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות.<sup>31</sup> חוק תובענות ייצוגיות הרחיב את גדר התובענה הייצוגית הצרכנית, בכמה היבטים: **"המחוקק בחר להרחיב ולא בכדי החוק מנוסח כפי שנוסח"**.<sup>32</sup> למשל, טרם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, ניתן היה להגיש תובענה ייצוגית רק בעילות מכח חוק הגנת הצרכן ואילו לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, בגדר פרט 1 ניתן להגיש תובענה ייצוגית של לקוח נגד עוסק, בכל עילת תביעה שמוכרת בדיון.<sup>33</sup> לצד זאת, פרט 1 מפנה ביחס להגדרת "עוסק", להגדרה הקבועה בחוק הגנת הצרכן, ואינו נוקט בהגדרה עצמאית.<sup>34</sup> בסוגיה דומה שנדונה בעניין **חיון**, נקבע על ידי דעת הרוב שם (כב' השופטים גרוסקופף ועמית),<sup>35</sup> שכאשר המחוקק נוקט ב- "טכניקת" חקיקה כזו, ההגדרה הקבועה בחוק שאליו מפנים ופרשנותה מחייבת גם בהקשר של החוק המפנה (בענייננו חוק תובענות ייצוגיות). עם זאת, כאשר מדובר בעניין שנכלל בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, נפסק, שבפרשנות המושג שאליו מפנים, יינתן משקל גם לתכליות חוק תובענות ייצוגיות, והפרשנות שתאומץ תוחל הן בגדרי החוק שאליו מפנים, הן בגדרי חוק תובענות ייצוגיות.<sup>36</sup> על כן, **יפורטו כעת אמות המידה לסיווג "עוסק" בגדרי חוק הגנת הצרכן, שיושמו בפסיקה, בין היתר, במסגרת תובענות ייצוגיות**.

35. בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 מוגדר **"עוסק"**: **"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן"**. בפסיקה הוטעם, שלאור הגדרה זו, לא יהיה מקום להגדיר גוף כעוסק, כאשר מדובר בפעולה שעיקרה **"שלטוני-ציבורי"**, אלא רק כשמדובר ב- פעולות מסחריות-פרטיות,<sup>37</sup> והאבחנה הזו בין סוגי הפעולות **"תיבחן בכל מקרה לגופו על יסוד נסיבותיו והתאמתן לתכלית החוק"**.<sup>38</sup> זאת, גם לאור תכלית חוק הגנת הצרכן: **"להשליט אורחות התנהגות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק"**.<sup>39</sup> שיקול נוסף שהוזכר בפסיקה בסוגיית הסיווג כעוסק, נוגע לתכלית חוק הגנת הצרכן **"לצמצם את פערי הכוחות והמידע בין ספקים שיש להם מומחיות בתחום עיסוקם ובין הפרט"**,<sup>40</sup> וכן, בדומה, הוטעמה בפסיקה התכלית **"להגן מפני "עוסק" הנהנה מיתרון כלכלי"**.<sup>41</sup> עוד הוטעם בפסיקה, כי ביסוד ההכרעה בשאלת סיווג נתבע בתובענה ייצוגית כ- **"עוסק"** ניצבים שני שיקולים מרכזיים: מהות הפעולה הנתקפת כפעולה שנעשית על דרך העיסוק, ותכליתו של חוק הגנת הצרכן כחוק שנועד להגן על הצרכנים – כצד חלש, מפני **"עוסק"**, אשר בשל היותו עוסק, נהנה מיתרון כלכלי ומקצועי בתחום עיסוקו.<sup>42</sup> כמו כן, ניתן בפסיקה משקל מסוים לאופן ההתאגדות של הגוף הנדון.<sup>43</sup>

36. **עיקרון יסוד** נוסף שהוטעם בפסיקה ענפה הוא, שסיווג כעוסק אינו סיווג קטגורי לפי מיהותו של הגוף הנתבע באופן

<sup>30</sup> ראו: **חוק הגנת הצרכן (תיקון מספר 3) התשנ"ד-1994** ס"ח 1474 (22.7.1994), עמודים 252-253.

<sup>31</sup> ראו: סעיף 33 לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>32</sup> ע"א 4696/08 גפני נ' **עמותת אגודת בעלי מוניות התחנה** (נבו 5.8.2010), סעיף 6 (להלן: **"עניין גפני"**).

<sup>33</sup> ראו: עניין **גפני**, סעיף 6; תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, 28.2.2005, עמוד 44. הרחבה נוספת היא, שבמסגרת חוק הגנת הצרכן ניתן היה להגיש תובענה ייצוגית רק בשם **"צרכנים"**, ואילו בגדר פרט 1, ניתן להגיש תובענה ייצוגית גם בקשר לעניין שבין עוסק ל- **"לקוח"**, אף אם אינו צרכן ולא התקשר בעסקה ראו: לשון פרט 1 וכן עניין **גפני**, שם.

<sup>34</sup> ראו: עניין **גפני**, סעיף 6; עניין **בנק יהב**, סעיף כ"ה לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

<sup>35</sup> ראו שם, בסעיפים 16-19 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף.

<sup>36</sup> ראו עניין **בנק יהב**, והפירוט לעיל, בסעיף 30 לעמדה זו. כן ראו: ע"ע (ארצי) 71026-09-16 **שלמה נ' קופת חולים לאומית** (נבו, 15.8.2023), סעיף 47 (להלן: **"עניין שלמה ארצי"**).

<sup>37</sup> ראו: רע"א 2701/97 **מדינת ישראל נ' צ'רטוק פ"ד** (2) 876, 884-885 (3.2.2002) (להלן: **"עניין צ'רטוק"**); ע"מ 7752/12 **אסל נ' מנהל מוקד עזי ישראל** (נבו 2.11.2014), סעיף י"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (להלן: **"עניין אסל"**).

<sup>38</sup> עניין **אסל**, שם.

<sup>39</sup> עניין **צ'רטוק**, עמוד 885.

<sup>40</sup> עניין **צ'רטוק**, שם. עניין **אסל**, סעיפים ט"ז, כ"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>41</sup> עניין **אסל**, סעיף ט"ז לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

<sup>42</sup> דנ"מ 5519/15 **יונס נ' מי הגליל** (נבו 17.12.2019) (להלן: **"עניין מי הגליל"**), סעיף 26 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) חיות; עניין **אסל**, סעיף ט"ז לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

<sup>43</sup> כך, אם מדובר בחברה בע"מ, יהיה בכך משום שיקול מסוים לסווג גוף כ- **"עוסק"**. ראו: עניין **מי הגליל**, סעיף 28 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) חיות.

כללי, אלא **בהתייחס לפעולה הקונקרטית** שבה עוסקת התביעה. כלומר, גם גוף שבאופן כללי מסווג כ- "רשות", עשוי להיות מסווג כ- "עוסק", ביחס לשדה פעילות קונקרטית כזה או אחר. כך קובע מפורשות סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן, ביחס למדינה: **"לענין חוק זה, דין המדינה כעוסק כדין כל עוסק אחר"**. כן ראו בעניין צ'רטוק, 884: **"הגם שהמדינה ורשויותיה יכולות להיחשב כ'עוסק' על-פי החוק, הרי שיש לבחון בכל מקרה על-פי נסיבותיו אם המדינה היא אכן 'עוסק' כמשמעו בסעיף 1 לחוק... יש להבחין בין פעולות מסחריות, 'פרטיות' באופיין, שאותן מבצעת המדינה – כמו כל גוף פרטי אחר – ובין פעולות ציבוריות, שלטוניות, שאינן מסחריות. רק במקרים שבהם המדינה מבצעת פעילויות מסחריות שבהן לא ניתן להבדיל בינה ובין גוף מסחרי-פרטי אחר יהיה ניתן לראות בפעולותיה כ'דרך עיסוק', וממילא לראותה כ'עוסק', לצורך תחולתו של החוק..."**.

הדברים חודדו בעניין אסל:<sup>44</sup> **"ההבחנה בין פעולה מסחרית-פרטית של הרשות לבין פעולה שלטונית-ציבורית תיבחן בכל מקרה לגופו על יסוד נסיבותיו והתאמתן לתכלית החוק... יתכנו גם מצבים דו-מהותיים, מקום שהרשות חובשת את שני כובעיה – הכובע השלטוני והכובע העסקי ולפעולתה שני פנים, כמין יאנוס בעל שני פרצופים. במקרים כאלה יש להידרש להתנהגותה תוך החלת שני סוגים של אמות מידה גם יחד..."**.

כך נפסק גם לגבי רשויות מקומיות, שכאשר הן מנהלות פעילות עסקית במכירת מקרקעין, במטרה להפיק רווח מהמכירה, הן עשויות לחוב בתשלום מס ערך מוסף, כעוסק, חרף סיווגן הכללי כרשויות מנהליות.<sup>45</sup> בדומה, ביחס לתאגידי מים וביוב נקבע בעניין מי הגליל (בהרכב מורחב), שתאגידים אלה מסווגים מבחינת מיהותם הכללית, כ- "רשות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות (סעיף 21 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) חיות, שם),<sup>46</sup> ועם זאת, בפעולה הקונקרטית של גביית תעריפי מים וביוב פועלים התאגידים כ- "עוסק" (שם, סעיף 27).

### **31. סיווג קופות חולים כעוסק צריך להיבחן בהתאם לטיב הפעולה הנבחנת והנסיבות הקונקרטיות**

37. לנוכח האמור לעיל, **בענייננו יש לבחון את סיווג הפעולה הקונקרטית הנבחנת בהליך זה – גביית דמי השתתפות עצמית על ידי מכבי ממבוטחיה, עבור תרופות שכלולות בסל מכבי.**

38. ישנם מקרים שבהם קופות החולים יוגדרו כעוסק ויחול עליהן חוק הגנת הצרכן (ופרט 1). לא ניתן לקבוע באופן גורף, כפי שנקבע בכמה פסקי דין של בתי הדין האזוריים לעבודה, כי קופות החולים אינן מוגדרות **באופן גורף** כעוסק ואין תחולה לחוק הגנת הצרכן (ולפרט 1) עליהן, לאור הוראה מפורשת בעניין בחוק הגנת הצרכן (כפי שיפורט להלן).

39. סעיף 13ה(א) לחוק הגנת הצרכן מגדיר "שרותי רפואה": **"טיפול רפואי כהגדרתו בחוק זכויות החולה... ולמעט טיפול כאמור הניתן על ידי קופת חולים..."**.

בעניין ב.ק.<sup>47</sup> נקבע: **"בטיעוניהם לפנינו התייחסו הצדדים.. לתיקון מס' 28, שהוסיף את סעיפים 13ה, 13ו ו-13ז, המתייחסים לעסקאות בשירותי רפואה, תוך שהוא מחריג את קופות החולים מגדר סעיפים אלה... מהאמור ניתן ללמוד כי המחוקק בחר להחריג את קופות החולים אך מסעיפים מסוימים ואולם לא מתחולתו של החוק בכללותו... אף מתן שירותי רפואה, גם אם חלקם נובעים מכוח הוראתו של החוק, אין בהם בכדי לאיין את היותן של המשיבות בגדר 'עוסק'..."**.

מנגד, בעניין יפת<sup>48</sup> בית הדין האזורי לעבודה פירש סעיף זה כמחריג **באופן גורף** את קופות החולים מתחולתו של חוק הגנת הצרכן: **"סעיף 13ה לחוק דן בהגדרת שירותי רפואה והחריג במפורש מתחולתו טיפול הניתן על ידי קופות החולים... לא בכדי הוחרגו קופות החולים מחוק הגנת הצרכן... גביית דמי השתתפות עצמית בגין שירות**

<sup>44</sup> עניין אסל, סעיפים י"ז-י"ח לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

<sup>45</sup> ראו: ע"א 1919/10 מנהל המכס ומע"מ נ' עיריית אשקלון (נבו 27.9.2012).

<sup>46</sup> ראו גם בסעיפים 23-24 לפסק דינו של כב' השופט הנדל, שם (בדעת מיעוט, אבל לא בעניין זה).

<sup>47</sup> תל"א (עבודה ירושלים) 1459/09 ב.ק. ואחרים נגד מכבי שירותי בריאות (נבו 9.1.2012), סעיף 8. (להלן: "עניין ב. ק.").

<sup>48</sup> ת"צ (אזורי תל אביב) 28120-06-13 יפת נ' קופת חולים לאומית (נבו 30.8.2016) (להלן: "עניין יפת").

רפואי איננה "פעולה מסחרית" ... בשל הסדרת השירותים הניתנים על ידי קופות החולים והפיקוח עליהם על ידי מדינת ישראל... הוחרגו קופות החולים מחוק הגנת הצרכן... קופות החולים אינן גופים פרטיים וחוק הגנת הצרכן אינו חל עליהן". יצוין, שערעור לבית הדין הארצי לעבודה נדחה<sup>49</sup>, וכך גם נדחתה עתירה לבג"צ בעניין<sup>50</sup>, אולם בפסקי דין אלה הוטעם, שאינם מכריעים בסוגיית הסיווג כ-"עוסק", ודוחים את בקשת האישור, מהטעם שעילת התביעה שנדונה שם לא בוססה לגופה, וקופות החולים פעלו כדין.

40. כאמור, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, בניגוד לקביעת בית הדין האזורי בעניין יפת, שחוק הגנת הצרכן אינו מחריג את קופות החולים מתחולתו, מלבד לעניין סעיף 13 לחוק זה, שעוסק בסוגיית עסקה מתמשכת בעניין שירותי רפואה ובחובות שמוטלים על עוסק בעניינה, ורק מכך מחריג את קופות החולים וכפי שנפסק בעניין ב.ק..

41. יש להניח, שלו המחוקק היה מבקש להחריג את קופות החולים מתחולת חוק הגנת הצרכן לחלוטין היה עושה זאת מפורשות ומכניסן לגופים המנויים בסעיף 39 לחוק זה, כפי שקבע ביחס לגופים אחרים המוחרגים באופן גורף מתחולת חוק הגנת הצרכן ומפורטים בסעיף 39 לחוק זה (תאגידים בנקאיים, מבטחים, נותני שירותים פיננסיים, נותני שירותי תשלום), עליהם קופות החולים אינן נמנות. מכאן ברור, אם כן, שחוק הגנת הצרכן חל באופן עקרוני על קופות החולים, ככל שבנסיבות מקרה קונקרטי הן פעלו כעוסק.<sup>51</sup>

42. כך עולה גם מפסיקת בית המשפט העליון. בעניין ע"א 6549/19 פלונית נ' מכבי שירותי בריאות (נבו 12.9.2022), נקבע, שלשם הכרעה בשאלה האם בעריכת בדיקות אולטרא סאונד גניקולוגי, פעלה קופת חולים מכבי כ-"עוסק", "יש מקום שהשאלה אם מדובר ב-"עוסק", על רקע הנתונים הקונקרטיים בעניין שלפנינו, תיבחן על יסוד התשתית הנורמטיבית לאשורה... מדובר בשאלה מעורבת של דין ועובדה".

ברור מהדברים, שהבחינה צריכה להיעשות בהתאם לנסיבותיו של מקרה קונקרטי שנדון וקופות החולים לא הוחרגו באופן גורף מתחולת חוק הגנת הצרכן.

כך עולה גם מעניין שמול שהוזכר לעיל, שם נדחתה בקשת האישור, מהטעם שבתי החולים לא פעלו כעוסק בעריכת ניסויים רפואיים.<sup>52</sup> בסעיף 60 לפסק דינו של כב' השופט כבוב שם, נקבע: "יש להתחיל את הדיון משאלת עמידתה של הבקשה בתנאי פרט 1... האם קופות החולים מהוות עוסק? ... אופן הסיווג של קופת החולים לצורך בחינת ההתאמה לפרט הנטען בחוק תובענות ייצוגיות- הוא בבחינת אופי הפעולה העומדת לבחינה...". ועוד חודדו הדברים בהחלטת כב' הנשיאה (בדימוס) חיות שדחתה בקשה לדיון נוסף על פסק הדין בעניין שמול,<sup>53</sup> והבהירה, שקביעות פסק הדין הן "פועל יוצא מהבחינה הקונקרטית של הפעולות שבוצעו על ידי המשיבה" וחלות רק על "נסיבות המקרה הספציפיות", ו- "אין בכך כדי לקבוע מסמרות בנוגע לסיווג ניסויים קליניים באופן כללי".<sup>54</sup>

עוד ראו בעניין גרוס,<sup>55</sup> שם קבע בית המשפט המחוזי, שביחס לפעולה הקונקרטית של גביית תשלום על ידי קופת חולים עבור העתק רשומה רפואית לקופות חולים, במקום שבו הרשומה מתבקשת לצרכים שאינם רפואיים, מדובר

<sup>49</sup> ראו: עניין שלמה ארצי, לעיל, ה"ש 36. בערעור לבית הדין הארצי מר שלמה הוגדר כמערער 1 (לצד מר יפת שהוגדר כמערער 5) ולכן פסק הדין מכונה כעניין שלמה, הגם שמדובר בפסק הדין בערעור על עניין יפת (כפי שמכונה פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה, שם מר יפת הוגדר כתובע 1).

<sup>50</sup> ראו: עניין שלמה, לעיל, ה"ש 27.

<sup>51</sup> זאת ועוד: בהתאם לנוסחו של פרט 1, ניתן להגיש תובענה ייצוגית, בשמו של לקוח, נגד עוסק (כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן). בכל עילת תביעה המוכרת בדין הכללי ותביעה ייצוגית אינה מוגבלת רק לעילות הקבועות בחוק הגנת הצרכן. ראו: לעיל, סעיף 33 לעמדה זו. סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן בוודאי לא קובע, שקופות החולים מופקעות באופן כללי מהגדרת "עוסק" ואינו שולל עילות תביעה שמצויות מחוץ לחוק הגנת הצרכן. גם מטעם זה, אין בהוראות סעיף זה כדי לשלול באופן גורף הגשת בקשות לאישור תובענות כייצוגיות נגד קופות החולים בגדרי פרט 1.

<sup>52</sup> יצוין שכב' השופט כבוב אף קבע בפסק דינו בעניין שמול, שמדובר בפעילות כ-"רשות" (וכב' השופט מינץ נתן הסכמתו לחוות דעתו של כב' השופט כבוב), ואילו כב' השופט פוגלמן בפסק דינו שם הסתפק בקביעה, שבתי החולים לא פעלו כ-"עוסק".

<sup>53</sup> דנ"א 8266/22 שמול נ' שירותי בריאות כללית (נבו 2.4.2023), סעיף 23 להחלטה.

<sup>54</sup> קביעות דומות נקבעו בפסיקת בית המשפט הנכבד אף ביחס לסיווג של נתבע בתובענה ייצוגית כ-"רשות", כך שהסיווג ייעשה בשם לב לפעולה הקונקרטית שנבחנת בהליך ולא באופן כללי וגורף. ראו: דעת הרוב (של כב' השופטים גרוסקופף ועמית) בעניין חיון (במיוחד בסעיף 22 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף); החלטת כב' הנשיאה (בדימוס) חיות בעניין דנג"צ 5701/21 מכבי שירותי בריאות נ' חיון (נבו 27.4.2022), סעיפים 22-24 להחלטה (להלן: "עניין דנג"צ חיון"); עניין שמול, סעיף 60. הדברים משליכים גם על סוגיית הסיווג כעוסק בגדרי פרט 1, לאור ההלכה שקבעה (סעיף 9 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף בעניין חיון), שפרט 11 (שבין רכיביו נדרש סיווג כ-"רשות") ופרט 1 (תביעה נגד "עוסק") מוציאים זה את זה.

<sup>55</sup> ת"צ (מרכז) 7821-01-15 גרוס נ' שירותי בריאות כללית (נבו 13.12.2017), סעיף 26 (להלן: "עניין גרוס").

- בפעולה של "עוסק שמוכר שירות תמורת תשלום", ואין מניעה בהגשת בקשת האישור בגדרי פרט 1.<sup>56</sup>
43. יודגש, שבענייננו יש לבחון את סיווגה של פעולת גביית דמי ההשתתפות העצמית, ולא את פעולת אספקת התרופות שהתשלום נגבה עבורן. מכבי טוענת כך: "הפעולה שיש לבחון היא מתן תרופות שאינן בסל ולא גביית השתתפות עצמית כשלעצמה... גביית השתתפות עצמית טפלה למתן השירות... מדובר בשני צדדים של אותו מטבע" (סעיף 10 לבקשת רשות הערעור). אין לקבל טענה זו.
44. בעניין מי הגליל קבע בית משפט זה בהרכב מורחב (בדעת רוב של שישה שופטים, מול דעת המיעוט של כב' השופט (בדימוס) מלצר), שהגם שתאגידי המים והביוב פועלים כרשות שלטונית באספקת שירותי המים והביוב כשלעצמם, הם פועלים כעוסק בגדרי פרט 1 בעת גביית התשלומים עבור שירותים אלה. ברור אם כן, שהתפיסה שלה טוענת מכבי (וטענות דומות טענו תאגידי המים והביוב בהליכים בעניין מי הגליל), לא התקבלה, וגביית התשלומים נבחנת כשלעצמה, בנפרד, מאופיו של השירות שבגיניו נגבים התשלומים.
45. על כן, בהתאם להלכת מי הגליל,<sup>57</sup> ובהינתן שבקשת האישור דן נסבה על גביית דמי ההשתתפות העצמית, יש לבחון את פעולת גביית דמי ההשתתפות העצמית (עבור תרופות הכלולות בסל מכבי) כשלעצמה, בנפרד מאספקת התרופות, ובנסיבות שבהן בגביית דמי ההשתתפות העצמית מכבי פעלה כעוסק, כפי שיפורט להלן. לפיכך, היועצת המשפטית לממשלה לא תידרש לשאלת סיווג פעולת אספקת התרופות ולא תקבע מסמרות בעניין זה.

#### 4. מהותם ומאפייניהם של דמי ההשתתפות העצמית

46. כאמור לעיל, יש לסווג בענייננו את הפעילות הקונקרטית של גביית דמי ההשתתפות עצמית עבור שירותים רפואיים הכלולים ב"סל מכבי".
47. רשימת השירותים אותם מחויבות קופות החולים לספק לתושבי ישראל מפורטת בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות (ובצו התרופות שמותקן מכוח סעיף 8(א) לחוק ביטוח בריאות). סעיף 13(ב) לחוק ביטוח בריאות קובע, שקופות החולים לא יגבו דמי ביטוח בריאות או כל תשלום אחר עבור שירותים הכלולים בסל הבריאות, או עבור שירותי בריאות אחרים, אלא אם מדובר בתשלומים, שנקבעו לפי סעיף 7 או 8 לחוק. סעיף 13(א)(6) לחוק ביטוח בריאות קובע, שאחד ממקורות המימון של שירותי הבריאות הוא דמי ההשתתפות העצמית שגובות קופות החולים מחבריהן, בהתאם להוראות סעיפים 7-8 לחוק ביטוח בריאות, כאמור.
48. לצד זאת, נקבע בסעיף 13(א)(5) לחוק, שמסכום התקצוב בתקציב המדינה לשירותי הבריאות, תנוכה עלות נורמטיבית המיוחסת לדמי ההשתתפות העצמית (שהקופות גובות מחבריהן כאמור), בשיעור של 6.45% מעלות סל הבריאות לקופות. לכאורה, ניתן היה להבין, שמשמעותה של הוראה זו היא, שהתקצוב כולו הוא למעשה מתקציב המדינה, והסכומים שהקופות גובות מחבריהן מנוכים מהתקצוב הממשלתי שמועבר לקופות, אולם הדברים

<sup>56</sup> כן ראו במספר החלטות של בתי הדין לעבודה (ת"צ (אזורי תל אביב) 7299-07-20 בר חממי נ' מכבי שירותי בריאות (נבו 24.9.2022), סעיפים 19-4; ת"צ (אזורי תל אביב) 25925-07-20 גרטש נ' מכבי שירותי בריאות (נבו 6.12.2023), סעיפים 44-46 (להלן: "עניין גרטש")), שקבעו, שבגביית כספים על ידי קופות חולים ממבוטחיהם עבור שירותים הניתנים במסגרת "תכנית לשירותים נוספים", בהתאם להוראות סעיף 10(א) לחוק ביטוח בריאות, הן פועלות כעוסק: "יש להבדיל בין מכבי ככובעה במתן שירותי סל הבריאות לבין מכבי ככובעה בשב"ן..." (עניין גרטש, סעיפים 45-46). והדברים מובאים כאן, כדי להמחיש את הצורך לסווג את הפעולה הספציפית הנדונה בהליך קונקרטי.

<sup>57</sup> מכבי מפנה לשני פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שבהם נפסק, בנוגע לדמי רישום לאוניברסיטאות, שיש לסווג את גביית התשלום כחלק מהסיווג הכולל של פעילות האוניברסיטאות (ולאור כך, ולאור שיקולים נוספים, הגיעו פסקי הדין הללו למסקנה שהאוניברסיטאות לא פעלו כעוסק בגביית התשלומים שנדונו שם). ראו: ת"א (חיפה) 1273-07 סובול נ' אוניברסיטת חיפה (נבו 1.7.2009); ת"צ (באר שבע) 4605-11-13 בוצ'ס נ' אוניברסיטת בן גוריון (נבו 21.1.2016) (להלן: "עניין בוצ'ס"). אולם, נראה, שאין מקום בענייננו להסתמכות זו. ראשית, מדובר בפסיקה של בתי המשפט המחוזיים, שאינה מחייבת את בית המשפט הזה. שנית, פסק הדין בעניין בוצ'ס נסמך על פסק דינו של בית המשפט העליון בערעור מי הגליל (ע"מ 2978/13 מי הגליל נ' יונס (נבו 23.7.2015)), שם נקבע שתאגידי המים פעלו כרשות ולא כעוסק בגביית תשלומי המים (כך שאין להבחין בין אספקת המים לתשלומים שנגבו עבורם). ראו: סעיף 15 לפסק הדין בעניין בוצ'ס. ברם, כידוע, פסק הדין בערעור מי הגליל בוטל במסגרת דנ"מ מי הגליל שם נקבעה ההלכה הפסוקה לפיה יש לבחון את גביית תשלומי המים בנפרד מאספקת המים גופה, ובגביית התשלומים נפסק, שתאגידיים פועלים כעוסק. משכך, אין מקום להסתמכות כיום על עניין בוצ'ס. (אמנם, ערעור על פסק הדין בעניין בוצ'ס נדחה (ע"א 1009/16 בוצ'ס נ' אוניברסיטת בן גוריון (נבו 12.4.2018)), אולם מדובר בפסק דין קצר ולאקונוי שניתן בהסכמת הצדדים ולא נדרש לסוגיית ההבחנה בין התשלום לבין הפעילות בגינה נגבה התשלום). שלישית, בכל מקרה, מדובר שם במאטריה שונה מענייננו ולא תקבענה כעת כל מסמרות בסוגיית סיווג דמי הרישום לאוניברסיטאות (ראו והשוו: דנ"ג חיון, סעיף 26 להחלטה).

**מורכבים יותר.** כפי שהוטעם בעמדה שהוגשה בעניין חיון, בסעיף 32 לעמדה :

"6.45% מייצג סכום נורמטיבי שמופחת מעלות סל הבריאות... מרבית עלות הסל מועברת לקופות החולים לפי נוסחת הקפיטציה המשקללת את מספר המבוטחים, גיל, מגדר ואזור מגורים. כך, אם הקופות גובות בפועל שיעור הגבוה ממנו הן לא נדרשות להחזיר למדינה או לציבור את ההפרש (ובעבר היו שנים שהגבייה הגיעה לשיעור של כ-8%), וכך גם להיפך, אם הקופות גובות בפועל פחות מ-6.45% המדינה לא משלמה להן את ההפרש".

כן ראו בהקשר זה בקביעותיו של כב' השופט גרוסקופף בדעת הרוב בעניין חיון (בסעיף 22 לפסק דינו):

"גביית דמי השתתפות עצמית... אינה יכולה להיחשב כ"מילוי תפקיד ציבורי על פי דין"... ודוק, דמי השתתפות שגובות קופות החולים, גם אם הם מובאים בחשבון במסגרת ההתחשבות בין המדינה לקופות החולים... מדובר בגבייה המתקבלת לכיסן של קופות החולים, ולא לכיסה של המדינה או רשות ממשלתית". כן ראו דברים דומים בעניין מכבי, בסעיפים 71-72 לפסק הדין.<sup>58</sup>

49. בתוספת השנייה לחוק מנויים שירותי הבריאות שעל קופות החולים לספק למבוטחיהן ודמי ההשתתפות העצמית שמותר להן לגבות בגינם. התוספת השניה לחוק מבוססת על צילום מצב של שירותי הבריאות שנתנה קופת החולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל לחבריה במועד הקובע, עם עדכונים שהתרחשו לאחר מכן.<sup>59</sup>

50. נוסף על כך, בסעיף 8(א1) לחוק ביטוח בריאות נקבע, שקופת חולים רשאית להציע, הוספה של שירותי בריאות לסל שירותי הבריאות שבתוספת השנייה, וכן להציע לקבוע תשלומים עבור השירותים שיוספו או שינוי שלהם (וכן הקופות רשאיות להציע שינוי התשלומים, ביחס לשירותים שמנויים בתוספת השנייה). שינויים כאמור טעונים אישור של שר הבריאות וכל שינוי בתשלומי המבוטחים בקופות החולים טעון גם אישור של ועדת הכספים של הכנסת (סעיף 8(א2) לחוק). בסעיף 8(א2) לחוק ביטוח הבריאות נקבע, שהשינויים שרשאיות קופות החולים להציע נדרשים לעמוד בעקרונות מסוימים.<sup>60</sup> עוד נקבע, בסעיף 8(א2) לחוק ביטוח הבריאות, ששר הבריאות רשאי להתנגד להצעת קופה כאמור, אם יש בה כדי לפגוע בבריאות הציבור, או שהיא אינה עומדת בעקרונות הקבועים בסעיף 8(א2) לחוק ביטוח בריאות, כמפורט לעיל.

51. השירותים שנותנת הקופה למבוטחיה מעבר לשירותי הסל הבסיסי מכונים **"סל קופה"**. כלל התשלומים עבור אותם שירותים ועבור שירותים הכלולים בסל, השונים מאלה הקבועים בתוספת השנייה, שאושרו כדין על ידי שר הבריאות וועדת הכספים של הכנסת בהתאם להוראות סעיף 8(א2) לחוק ביטוח בריאות – נכללים ב"**תוכנית הגבייה**" של כל קופה. תכניות הגבייה של הקופות הן מסמך המפורסם מידי שנה ומרכז את התשלומים העדכניים של דמי ההשתתפות העצמית שמותר לקופות לגבות עבור מתן שירותי בריאות שבסל, למעט השתתפויות עצמיות המפורטות בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות.<sup>61</sup> במהלך השנים, כל אחת מהקופות הציעה, במסגרת תכניות גבייה כאמור, שירותים ותשלומים שלא קבועים בתוספת השנייה לחוק. בענייננו זו הסוגייה שעומדת על הפרק: סיווג תשלומי ההשתתפות העצמית שנגבים עבור שירותים הכלולים ב"**סל מכבי**".

52. יצוין, שביום 28.6.2023 פרסם משרד הבריאות חוזר עדכני<sup>62</sup> המבהיר ומחדד היבטים שונים הנוגעים ל-"סל קופה", בהמשך לחוזרים קודמים שפורסמו במהלך השנים.

53. עוד היבט שראוי לציין לגבי תשלומי ההשתתפות עצמית (הן אלה הקבועים בסל של החוק והן אלה הקבועים בתכניות

<sup>58</sup> עוד יובהר, שהתקצוב הממשלתי בעבור מתן שירותי הבריאות ניתן לקופות החולים מראש לפי נוסחת הקפיטציה ולא לפי מתן השירותים בפועל, וכך גם שיעור ההשתתפות העצמית שמנוכה מהקופה נעשה מראש, ולא בהתאם לשיעורי ההשתתפות העצמית שגבתה הקופה בפועל. כמו כן, הקופות מחויבות לתת את השירותים הכלולים בסל למבוטחיהן, וזאת גם אם דמי ההשתתפות העצמית שנגבו בפועל נמוכים מהניכוי שנעשה בגובה 6.45%, וגם אם התקצוב הממשלתי שהועבר נמוך יותר מעלות השירותים שנגרשה לתת בפועל באותה שנה למבוטחיה.

<sup>59</sup> ראו: סעיף 7 לחוק ביטוח בריאות. בהמשך, תוקן סעיף 8 לחוק ביטוח בריאות, באופן שנתן אפשרות לקופות החולים להגיש הצעה לגביית תשלומים השונים מאלה הקבועים בתוספת השנייה לחוק זה וכן להוסיף שירותים שלא קבועים בסל הבריאות ולגבות בגינם תשלומי השתתפות עצמית. זאת, כמפורט להלן.

<sup>60</sup> אין בהם כדי לדחות חברים על רקע מצבם הכלכלי או הבריאותי; תשלומי החברים יהיו אחידים ובלתי מפלים; וקביעת הנחות או פטורים ביחס לתשלומים שאינם מפורטים בתוספת השנייה, שהקופות מבקשות להוסיף, וכמפורט שם.

<sup>61</sup> כאחוז מתוך עלות השירות, ותשלום זה לא נדרש לפרסם במסגרת תכנית הגבייה.

<sup>62</sup> חוזר 02/2023, "הכללת שירותים וטכנולוגיות במסגרת סל הקופה". החוזר מצ"ב ומסומן ב'.

הגבייה של הקופות ביחס לסל קופה), נוגע לשאלה, האם הקופות מחויבות לגבות את התשלומים שנקבעו בחוק ובתכניות הגבייה באופן מדויק, או שמדובר בסכומים מרביים והקופות רשאיות לגבות גם סכומים נמוכים יותר. ייתכן, שלשאלה זו יהיה משקל מסוים בסיווג פעולת גביית דמי ההשתתפות העצמית הנדונה בענייננו, ולכן הדברים מובאים כאן. בעבר, הפרשנות המקובלת לחוק ביטוח בריאות, שקיבלה ביטוי בחוזרי משרד הבריאות הייתה, שמדובר בתשלומים מרביים, והקופות רשאיות לגבות גם סכומים נמוכים יותר.<sup>63</sup> בתקופת בה עוסק הליך זה, פרשנות זו בוודאי הייתה בתוקף וכך התנהלו בפועל קופות החולים.<sup>64</sup> על כן, בחינת סיווג גביית דמי ההשתתפות העצמית שתפורט בסמוך, תיקח בחשבון, שבענייננו, הפרשנות הייתה, שהקופות רשאיות היו לתת הנחות ואף נהגו כך במקרים מסוימים. עם זאת, למען שלמות התמונה יצוין, שלאחרונה, בהתאם לפרשנות העדכנית של משרד הבריאות לחוק ביטוח בריאות, במסגרת חוזר משרד הבריאות מיום 31.12.2023,<sup>65</sup> הוסר המשפט האמור מהחוזר והובהר, שיש לגבות את הסכומים המדויקים הקבועים בתוספת השנייה ובתכנית הגבייה והדברים הובהרו גם בחוזר סל קופה העדכני.<sup>66</sup> ברם, כאמור, אין צורך בענייננו לדון בהשלכות הוראה זו על הסיווג של גביית דמי ההשתתפות העצמית, ככל שקיימות, משעה שהיא אינה רלבנטית למועדים שבהם עוסקת התובענה שלפנינו.

## 51. סיווג גביית דמי ההשתתפות העצמית – סקירת הפסיקה

54. בית משפט נכבד זה טרם הכריע בשאלת סיווג גביית דמי ההשתתפות העצמית. בעניין חיון,<sup>67</sup> דעת הרוב הכריעה, שבגביית דמי ההשתתפות עצמית הקופות אינן פועלות כ-"רשות" (ולכן בקשת האישור לא באה בגדרי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות), אולם לא הוכרע האם הקופות פועלות כ-"עוסק" בגדר פרט 1 וההליך הוחזר לבית הדין האזורי לעבודה כדי שישלים את הדיון בכך. לצד זאת, כב' השופטת (בדימוס) ברון ראתה להעיר בסעיף 44 לפסק דינה בעניין חיון כדלהלן:<sup>68</sup>

"העובדה שההשתתפות העצמית היא מחיר שנגבה באופן רצוני ממבוטחי קופות החולים, כאשר לפי הנטען הסכום משתנה מקופה לקופה, לכאורה אף מטה את הכף לטובת סיווג פעילות הקופות בהקשר זה כפעילות שהן מבצעות בכובען כ"עוסק"; וגם לפערי הכוחות והמידע שבין קופות החולים למבוטח בגביית ההשתתפות העצמית, נודעת לכאורה השפעה על ההכרעה... ובנקודה זו יוזכר כי בעניין אהרן, צוין כי בשונה מן הזיקה בין בעל מניה לחברה, הזיקה בין מבוטח לקופת חולים "קרובה יותר לזיקה שבין צרכן שירותים לספק שירותים"... אולם אינני קובעת מסמרות וסוגיה זו תובא כאמור להכרעתו של בית הדין האזורי" (להלן יפורטו קביעותיו של בית הדין האזורי לעבודה בפסק דינו המשלים בעניין חיון).<sup>69</sup>

בדומה, גם בעניין שלמה,<sup>70</sup> לא הכריע בית המשפט הנכבד בשאלת סיווג גביית דמי ההשתתפות עצמית בגדרי פרט 1.

<sup>63</sup> ראו למשל בחוזר משרד הבריאות בעניין עדכון תשלומים בעד שירותי בריאות ותרופות מיום 31.8.2022 (חוזר 04/2022), "עדכון תשלומים בעד שירותי בריאות ותרופות לשנת 2022", מצ"ב ומסומן ג') שם נקבע: "אין מניעה כי קופת החולים תגבה השתתפות עצמית בסכום הנמוך מסכומי התשלום המרביים הנקובים בחוזר זה, כפוף כמובן לשמירת עיקרון השוויון". הדברים הובאו גם בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין חיון, בסעיף 22 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף שם נכתב, שדמי ההשתתפות העצמית "נגבים על פי שיקול דעתן" של הקופות "והן חופשיות לוותר עליהן או לתת עליהן הנחות" (הדברים שם נסמכו כפי הנראה על הדברים שהובאו באותו הליך על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז).

<sup>64</sup> ראו: עמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז בעניין חיון, ה"ש 67 לעמדה.

<sup>65</sup> חוזר 4/2023, "עדכון תשלומים בעד שירותי בריאות ותרופות לשנת 2023" (מצ"ב ומסומן ד').

<sup>66</sup> לעיל, ה"ש 62. ראו בעמוד 3 לחוזר, סעיף 8: "החל מיום 30 בספטמבר 2023... לא ייקבעו תשלומים לפי סעיף 8(1א)(ג) לרבות הנחות או פטורים בתשלומי ההשתתפות עצמית, שלא הוצעו על ידי הקופה לשר הבריאות...".

<sup>67</sup> שם היה מדובר בדמי ההשתתפות עצמית שנגבו עבור ציוד מתכלה שנדרש לצורך טיפול רפואי הכלול בסל שירותי הבריאות הקבוע בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות.

<sup>68</sup> כב' השופטת (בדימוס) ברון אמנם הייתה בדעת מיעוט בסוגיית סיווג פעילות הקופות כרשות, אולם לא בעניין המצוטט מעלה, שאליו לא התייחסו ולא הביעו עמדה יתר שופטי ההרכב.

<sup>69</sup> יצוין, שכב' השופט גרוסקופף בסעיפים 24-25 לפסק דינו שם הביע את עמדתו כי לו הקופות היו מסווגות כרשות, היה מקום לסווג את התשלום כ-"תשלום חובה" בגדר פרט 11, וכן היה מקום לקבוע שהתשלום לא נכנס לגדר פרט 1 (כב' השופטת (בדימוס) ברון חלקה בפסק דינה שם על קביעה זו וכב' השופט עמית לא הביע עמדה במחלוקת זו). אולם, משעה שנקבע שהקופות לא מסווגות כרשות (באותו עניין), כב' השופט גרוסקופף קבע (שם): "בקשות האישור ייבחנו לגופן, תוך בחינת האפשרות לאשרן לפי פרט 1".

<sup>70</sup> שם היה מדובר בגביית דמי ההשתתפות עצמית מחברי קופה שנפגעו בתאונות דרכים והטיפול ניתן להם בעקבות כך.

- זאת, משעה שנמצא שלא קיימת עילת תביעה לגוף הדברים (ראו בסעיף 11 לפסק דינו של כב' השופט כבוב, שם).
55. בפסיקת בתי המשפט המחוזיים ובתי הדין עבודה עולות **פסיקות סותרות** בעניין זה<sup>71</sup>.
- בעניין ב.ק.** נפסק בהתייחס **לגביית דמי השתתפות עצמית**<sup>72</sup>: "**קופות החולים הינן 'עוסק' כאמור בחוק הגנת הצרכן**" (סעיף 8 להחלטה). בית הדין קבע, שלא די בכך, שהקופות פועלות שלא למטרת רווח כדי לשלול את מערכת היחסים הצרכנית בין הקופה לחבריה, שהרי מספר המבוטחים של כל קופה משפיע על תקציבה ומעמדה ומשכך קיימת תחרות בין הקופות על קהל הלקוחות והן נוקטות בפעולות שיווק ומציעות גם ביטוחים משלימים, ולמבוטחים עומדת אפשרות לבחור בין קופות החולים השונות (שם, סעיף 7).<sup>73</sup>
- בדומה, בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב אישר ניהול תובענה כייצוגית בגדר פרט 1 בעניין **חיון**<sup>74</sup> (בהמשך לפסק דינו של בית משפט נכבד זה באותו עניין, שכאמור לעיל החזיר את הדיון לבית הדין האזורי לעבודה):
- "הכף נוטה לצד הקביעה כי קופות החולים הינן 'עוסק', לצורך פרט 1, עת שהן גובות ממבוטחיהן תשלומי השתתפות עצמית עבור שירותי בריאות הקבועים בסל הבריאות"**. זאת, הגם שנקבע כי **"קיימים שיקולים לכאן ולכאן"** (סעיף 17 לפסק הדין). נקבע, שההשתתפות העצמית היא מחיר שנגבה באופן רצוני מהמבוטחים, כאשר המחיר שונה מקופה לקופה וקיימים פערי כוחות ומידע בין הקופות והמבוטחים (שם). עוד נקבע:
- "בית דין זה צבר ניסיון בניהול הליכי תובענות ייצוגיות שעניינם תשלומי השתתפות לפי חוק ביטוח בריאות שבכמה מקרים הסתיימו בהסדרי פשרה שאושרו על ידי מותבים שונים של בית דין זה... הניסיון שנצבר מצביע לדעתנו על היותו של מכשיר התובענה הייצוגית כלי יעיל לאכיפת הזכות לבריאות של תושבי ישראל כפי שזו מעוגנת ומתוחמת בחוק ביטוח בריאות..."**.
- גם בהחלטת בית משפט קמא, מושא ההליך שבכותרת, כמפורט לעיל, נקבע שבגביית דמי השתתפות עצמית בענייננו מכבי פעלה כ-"עוסק", בגדר פרט 1.
56. מנגד, קיימת פסיקה סותרת בעניין **יפת**, שם נדחתה בבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב בקשת אישור, בגין גביית דמי השתתפות עצמית ממבוטחים שעברו תאונת דרכים, בין היתר, מהנימוק שהקופה לא פועלת כעוסק (ראו בסעיפים 9-12 לפסק הדין). הקביעה נומקה בכך, שהקופות נותנות שירות רפואי במסגרת השירות הציבורי, ממומנות על ידי משלם המיסים ולא פועלות לשם רווח כלכלי. עוד נקבע: **"גביית דמי השתתפות עצמית בגין שירות רפואי איננה 'פעולה מסחרית' אלא עסקינן ב'פעולה ציבורית' שנקבעה בחוק"** (שם, סעיף 12).<sup>75</sup>
57. בשים לב למחלוקת העקרונית שמצאנו בפסיקה, ובהינתן שבית המשפט הנכבד טרם הכריע בעניינה, תפרט כעת היועצת המשפטית לממשלה את עמדתה בעניין.

## **61. גביית דמי ההשתתפות העצמית עבור שירותים רפואיים בסל מכבי- באה בגדר פרט 1**

58. בגביית דמי השתתפות עצמית עבור תרופות ושירותים רפואיים הכלולים בסל קופה, **הקופות פועלות כ- 'עוסק'** וניתן להגיש בנדון בקשות לאישור תובענות כייצוגיות בגדר פרט 1. הגם שיש בסוגיה זו מורכבות, **בשורה התחתונה**, ניתוח מכלול התכליות והשיקולים הרלבנטיים, הן אלה הנוגעים לאפיון דמי ההשתתפות העצמית עבור השירותים הכלולים בסל קופה בהתאם להוראות חוק ביטוח בריאות כפי שהתקיים בתקופה מושא התובענה, הן אלה הנוגעים

<sup>71</sup> ולצד זאת, אף בערכאות אלה מצאנו מקרים שבהם הערכאות בחרו שלא להכריע בסוגיה העקרונית. ראו למשל: עניין **גרוס**, סעיף 26. ראו קביעות דומות גם בפסקי הדין של בית הדין הארצי לעבודה בעניין **ב.ק.** ובעניין **שלמה**.

<sup>72</sup> בקשר לטענות לאפליה בגביית דמי השתתפות עצמית נמוכים יותר מהציבור החרדי בגין מתן שירותי חירום על פי חוק ביטוח בריאות.

<sup>73</sup> יצוין, שבהליכים ערעוריים שהוגשו לבית הדין הארצי בעניין **ב.ק.** (ע"ע (ארצי) 39413-01-12 **מכבי שירותי בריאות נ' ב.ק.** (נבו 10.3.2013)) לא הוכרעה הסוגיה העקרונית של סיווג פעילות הקופות (משעה שהקופות תיקנו את הליקויים והוסכם על תשלום שכר טרחה וגמול בגין התועלת הציבורית של בקשת האישור, פסק דינו של בית הדין האזורי בוטל ללא הכרעה עקרונית בסוגיה).

<sup>74</sup> חב"ר (אזורי תל אביב) 35534-06-11 **חיון נ' שירותי בריאות כללית** (נבו 11.1.2024). יצוין, שערעורים של קופות החולים תלויים ועומדים בבית הדין הארצי לעבודה (בר"ע 43451-01-24 **מכבי שירותי בריאות נ' חיון**).

<sup>75</sup> יצוין שערעור שהוגש לבית הדין הארצי- נדחה (ע"ע (ארצי) 71026-09-16 **שלמה נ' קופת חולים לאומית** (נבו 15.8.2023)), מבלי להכריע בסוגיית סיווג הגבייה, תוך שנקבע שלגוף הדברים לא קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה (וכך נקבע גם בפסק דינו של בית משפט נכבד זה בדונו בעתירה על פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין **שלמה**, כאמור לעיל).



לתכליות חוק הגנת הצרכן והן אלה הנוגעים לתכליות חוק תובענות ייצוגיות, מובילים למסקנה לפיה, יש לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות בעניין, בגדרי פרט 1.

59. כעולה מהוראות סעיפים 8(א) ו-8(א2) לחוק ביטוח בריאות, כאשר קופת חולים מגבשת ומציעה תכנית גבייה שתוסיף שירות לסל הבריאות ותוך שהקופה תגבה בגינו תשלומי השתתפות עצמית, היא "חופשיה, בכפוף להוראות הדין שקובעות את כללי המעטפת בהם צריכה תכנית הגבייה לעמוד... לשקול שיקולים בעלי גוון עסקי – תחרותי, ואיננה מחויבת מכוח הדין לשקול שיקולים שהם במהותם שיקולים בעל גוון ציבורי שלטוני. לעומת זאת, שר הבריאות, כגורם השלטוני המוסמך, שצריך לאשר את התכנית, מחויב לשקול שיקולים שלטוניים ציבוריים, כקבוע בדין. כך גם ועדת הכספים של הכנסת מהווה צומת נוסף של פיקוח ובקרה של הרשות המחוקקת" (סעיף 44 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז, בעניין חיון).

כאשר קופת החולים מחליטה ליתן שירותים שהם מחוץ לסל הבריאות ולבקש להכניסם ל-"סל קופה" במסגרת תכנית גבייה, מגוון השיקולים העומד ביסוד ההחלטה הוא רחב. בין השיקולים המרכזיים העומדים ביסוד גביית דמי ההשתתפות העצמית ניתן למנות את התכלית של וויסות ביקושים ומניעת "שימוש יתר" בשירותי סל הבריאות (הן אלה המנויים בתוספת השנייה לחוק, הן אלה הכלולים בסל קופה), תוך איזון עם הצורך לשמור על נגישות שירותי הבריאות לציבור, והכל, גם לאור המאפיינים הייחודיים של "כלכלת בריאות".

לצד האמור, מגוון השיקולים ששוקלות הקופות עשוי לכלול גם שיקולים בעלי גוון כלכלי- תחרותי הכוללים ניתוח כלכלי, שיווקי, שירותי, תחרותי, אקטוארי ועוד. כך, בין היתר, כאשר הקופה מבקשת להוסיף שירות לסל הקופה ולגבות עבורו דמי השתתפות עצמית.

עוד יצוין, שמתן התקצוב הממשלתי לקופות החולים נעשה על בסיס מספר מבטחיהן (בשקלול של גיל המטופלים, מינם, אזור המגורים ותוך התחשבות בעלות הטיפול במספר מחלות קשות) וגם בשל כך ברורה התחרות בין קופות החולים על המבטחים הפוטנציאליים. תחרות זו כאשר היא מנוהלת כהלכה, היא חיובית, מועילה, ובעלת חשיבות רבה לפיתוח וייעול השירותים שנותנות הקופות למבטחיהן.<sup>76</sup>

60. גם בפועל, ברי שקיימת תחרות בין קופות החולים השונות וייתכן שגם בין לבין מבטחים פרטיים.

בקביעת דמי ההשתתפות העצמית במסגרת סל קופה (השונים מקופה לקופה בהתאם לתכנית הגבייה של כל קופה<sup>77</sup>), ובגבייתם, משמשים, בין היתר, שיקולים כלכליים-תחרותיים. ראו למשל בסעיף 41 לפסק דינה של כב' השופטת (בדימוס) ברון בעניין חיון שציננה: "בישראל פועלות מספר קופות חולים שמתחרות ביניהן על קהל המבטחים... ניתן לרכוש שירותים רפואיים גם באופן פרטי... לכאורה אין מניעה שבמקרים מסוימים ביטוחי בריאות "פרטיים" יציעו את הטיפול הרפואי במחיר מתחרה או באיכות גבוהה יותר מזה שמוצע על ידי קופות החולים". וכן שם, בסעיף 44: "העובדה שההשתתפות העצמית... לפי הנטען הסכום משתנה מקופה לקופה, לכאורה אף מטה את הכף לטובת סיווג פעילות הקופות בהקשר זה כפעילות שהן מבצעות בכובען כ"עוסק"..."<sup>78</sup>. כמו כן ראו בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין מכבי (לעיל, ה"ש 4), בסעיפים 71-72, שם הוטעם, שעשוי להיווצר מצב שבו קופות החולים תפנינה את מירב התקציב העודף שנותר בידן מגביית דמי ההשתתפות העצמית "לשירותים אשר יגדילו את האטרקטיביות של הקופה בעיני הציבור".<sup>79</sup>

לפיכך, נראה, שהשיקולים הכלכליים והתחרותיים שמשמשים את הקופות בהגשת תכניות הגבייה, בין היתר, לעניין קביעת שיעור דמי ההשתתפות העצמית,<sup>79</sup> מטילים לכיוון סיווג פעילות זו, כפעילות של עוסק.

<sup>76</sup> עם זאת יצוין, שישנן הגבלות מסוימות על תחרות זו. כך, מעבר בין הקופות יכול להיעשות במספר מועדים בשנה שקבועים בדין (ראו: תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (רישום בקופת חלים ונהלי מעבר) תשנ"ה-1995). כמו כן, משעה שאדם מבוטח בקופה מסוימת – הוא אינו יכול לבחור לקבל שירות מסוים מקופה אחת ושירות אחר מקופה אחרת. עוד ראו לעיל, ה"ש 19, ביחס להגבלות מסוימות הקבועות בדין ביחס לפעולות פרסום ושיווק שעורכות קופות החולים.

<sup>77</sup> הדברים עולים באופן קונקרטי גם בענייננו, כאשר, למשל, בעניין גביית דמי ההשתתפות עצמית מחולים במחלות קשות חלק מהקופות נתנו פטור זה רק ביחס לתרופות הקשורות למחלות הקשות, ואילו בתכנית הגבייה של מכבי (שהייתה בתוקף עד שנת 2015) ניתן פטור מדמי ההשתתפות עצמית לחולים במחלות קשות, גם ביחס לתרופות שאינן קשורות לאותן מחלות.

<sup>78</sup> עוד בעניין התחרות בין קופות החולים ראו בעניין ב.ק., בסעיף 7 להחלטה שם.

<sup>79</sup> עוד יצוין, שהחוק לא אסר על קופות החולים פעולות שיווק ופרסום, כל עוד הן עומדות בהגבלות שנקבעו בדין בנדון. ראו לעיל, ה"ש 19.

61. הדברים נכונים ביתר שאת, במצב הדברים שחל בתקופה הרלבנטית לתובענה שלפנינו,<sup>80</sup> כאשר הקופות **רשאיות היו לתת הנחות למבוטחיהן** (ואף נהגו כך בפועל בחלק מהמקרים) מדמי ההשתתפות העצמית הקבועים בתכנית הגבייה, בהתאם להוראות חוזרי משרד הבריאות באותה עת. כלומר, **השיקולים הכלכליים והתחרותיים** שימשו את קופות החולים לא רק בעיצוב תכנית הגבייה שהגישו הקופות לאישור שר הבריאות והכנסת, אלא גם **בגבייה בפועל** ובהחלטה האם לגבות את מלוא דמי ההשתתפות העצמית שהותרו בתכנית, או לגבות סכומים נמוכים יותר.
62. עמדה זו מתחזקת גם מהשוואה שניתן לערוך (באופן חלקי) בין תשלום דמי ההשתתפות העצמית שמשלמים המבוטחים לקופות החולים, לבין **הסדרי ביטוח בשוק הפרטי**. כפי שנאמר בסעיף 91 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז, בעניין **חיון**: "ניתן להשקיף על חקיקת חוק ביטוח בריאות כעל "קנייה" של הסדר ביטוח שהמדינה (כמעין "בעלת פוליסה") רוכשת עבור צד ג' – תושביה – אצל קופות החולים, מבלי שהיא מתפשטת מכובעה הרגולטורי. כך שמרגע שמבוטח מצטרף לקופה מסוימת, העסקה משתכללת והוא זכאי לקבל את שירותי הבריאות באמצעות אותה קופה בהתאם להסדר הביטוח שנקבע על ידי המדינה. ואולם, ההסדרה הרגולטורית, כפי שנאמר לא שינתה את מהותם של הגופים שסיפקו שירותי בריאות ולא ביצעה הלאמה של השירות".<sup>81</sup>
63. כך גם מנקודת המבט של **תכליות חוק הגנת הצרכן** (כאמור לעיל, פרט 1 מפנה להגדרת "עוסק" בחוק זה). כפי שפורט לעיל, בפסיקת בית המשפט הנכבד ניתן משקל בסוגיית הסיווג כעוסק, לשאלת **פערי הכוחות בין הצדדים** ולשאלת **המורכבות, המקצועיות והמומחיות** שנוגעים לפעילות שבה מדובר.<sup>82</sup> ליישום הדברים ראו גם בעניין **בוצ'ס**, שם מצא בית המשפט לסווג גביית דמי רישום לאוניברסיטה כפעילות שאינה עסקית, בין היתר מהטעם שמדובר ב-**"עלות ידועה וקבועה מראש, אין מורכבות בקביעתה... למשיבה אין "מומחיות" מיוחדת במתן שירות זה"** (שם, עמוד 12).<sup>83</sup> דומה, שאיש לא יחלוק על כך, שתמונת הדברים ביחס לגביית דמי השתתפות עצמית ממבוטחי קופות החולים **שונה בתכלית**. בעניין זה הדברים **מורכבים**, כרוכים **בהיבטים מקצועיים סבוכים** וקיימים **פערי כוחות משמעותיים ביותר** בין הקופות לבין מבוטחיהן. כך בכלל וכך אף **ביתר שאת** פערי הכוחות בולטים, ביחס לדמי ההשתתפות העצמית שקבועים בתכנית הגבייה של הקופה ביחס **לסל קופה**, שאינם קבועים בחוק ביטוח בריאות ובעניינם קיימת כאמור שונות בין קופה לקופה.
- יפים לעניין זה גם דבריה של כב' השופטת (בדימוס) ברון בעניין **חיון**, בסעיף 44 לפסק דינה: **"גם לפערי הכוחות והמידע שבין קופות החולים למבוטח בגביית ההשתתפות העצמית, נודעת לכאורה השפעה על ההכרעה"**.<sup>84</sup>
- אם כן, גם שיקול זה מחזק את המסקנה שהעניין בא בגדר פרט 1.
64. עוד יש לתת משקל, **לתכליות חוק תובענות ייצוגיות**. כפי שפורט לעיל, ייתכנו מקרים, שאינם באים בגדר התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות וממילא לא ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית בעניינם, אף אם מבחינה עקרונית תכליות החוק עשויות להתאים לתביעה. אולם, כעולה מפסיקת בית המשפט הנכבד,<sup>85</sup> במקרים גבוליים או במקרים המעוררים התלבטות, יהיה מקום לבחון גם את **תכליות חוק תובענות ייצוגיות** כאשר עולה שאלה פרשנית, האם מקרה כזה או אחר בא בגדר התוספת השנייה.
65. בענייננו, כמפורט לעיל, שיקולים חזקים ומבוססים תומכים בפרשנות לפיה גביית דמי השתתפות עצמית ממבוטחי הקופות בגין שירותי בריאות הכלולים בסל קופה, באים בגדר פרט 1. בחינת העניין גם על רקע תכליות חוק תובענות ייצוגיות מחזקת **מסקנה זו**, כדלהלן.
66. סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות מונה, בין היתר, את התכליות הבאות: **"מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים"**; **"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"**; **"מתן סעד**

<sup>80</sup> ראו לעיל, סעיף 53 לעמדה זו.

<sup>81</sup> עוד ראו שם, בסעיף 139 לעמדה בעניין **חיון**.

<sup>82</sup> ראו לעיל, סעיף 35 לעמדה זו ובאסמכתאות המובאות בהערות השוליים שם.

<sup>83</sup> ויצוין, שאין היועצת המשפטית לממשלה קובעת כאן כל מסמרות בסיווג הראוי לגביית דמי רישום לאוניברסיטאות. הדברים הובאו רק כדוגמא להמחשת יישום השיקול בדבר פערי כוחות ומומחיות.

<sup>84</sup> ראו בעניין זה גם בסעיף 17 לפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בעניין **חיון**.

<sup>85</sup> ראו לעיל, סעיפים 29-31 לעמדה זו, ובאסמכתאות שם.

## הולם לנפגעים מהפרת הדין".

היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שתכליות אלה תומכות במתן אפשרות להגשת תובענות ייצוגיות נגד קופות החולים שגבו דמי השתתפות עצמית בניגוד לדין (כמובן, במקרים המתאימים לכך שבהם קיימת עילת תביעה מבוססת), בגדר פרט 1.<sup>86</sup> מכיוון, שפעמים רבות, סכומי הגבייה האישיים שבהם מדובר נמוכים יחסית, אין כדאיות כלכלית בהגשת תביעות אישיות. כמו כן, מאחר, שקיימים פערי כוחות ומומחיות בין המבוטחים לקופות, קיים חשש ממשי, שללא מתן אפשרות לעשיית שימוש בכלי התובענה הייצוגית, לא תהיה למבוטחי הקופות יכולת לממש, הלכה למעשה, את זכות הגישה לבתי המשפט, גם מטעם זה. ממילא, לו יישלל ממבוטחי הקופות הכלי של התובענה הייצוגית, הם לא יזכו לקבל סעד הולם במקרים שנפגעו מהפרת הדין ולא ניתן יהיה באופן מעשי לבצע אכיפת דין אזרחית בעניין, באופן שיביא להרתעה מפני הפרת הדין. והכל, כשגביית דמי השתתפות עצמית היא שדה פעילות שעוסקות בו תובענות ייצוגיות רבות, המוגשות לבתי המשפט נגד קופות החולים.

67. עוד יש להטעים, שמשמעות עמדתה של מכבי היא, שלא ניתן יהיה להגיש תובענות ייצוגיות בכלל נגד קופות החולים, בגין גביית דמי השתתפות עצמית בניגוד לדין. זאת, בהינתן שבית משפט נכבד זה כבר פסק בעניין חיון, שגבייה זו (אף כשמדובר בשירותי בריאות הכלולים בסל של החוק, וכל שכן ביחס לסל קופה, כדלהלן) אינה באה בגדר פרט 11. לפיכך, אם תתקבל טענת מכבי, שהדברים לא באים גם בגדר פרט 1, תובענה ייצוגית לא תהיה אפשרית בכלל בעניין זה. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שהדברים מעוררים קושי, בשים לב לתכליות חוק תובענות ייצוגיות וגם טעם זה מחזק את העמדה, שגביית דמי השתתפות עצמית באה בגדר פרט 1.

68. סיכום הדברים: לאור כל האמור, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שבקשת האישור דן באה בגדר פרט 1, ובצדק דחה בית משפט קמא את טענת מכבי לסילוק על הסף של בקשת האישור.

69. מאחר, שבהחלטת בית המשפט הנכבד, התבקשה היועצת המשפטית לממשלה להתייחס לשאלה: "האם... פעלה מכבי כ"רשות" או כ"עוסק", אם בכלל", יובהר עוד בקצרה, שמשעה שבוססה המסקנה שמכבי פעלה כעוסק בגדר פרט 1, ברי שהיא לא פעלה כרשות, שהרי בעניין חיון כבר נפסק,<sup>87</sup> שפרט 1 ופרט 11 מוציאים זה את זה. למעלה מכך, בעניין חיון נפסק בדעת הרוב, שבגביית דמי השתתפות עצמית בגין שירותי בריאות הכלולים בתוספת השנייה לחוק שירותי בריאות, קופות החולים אינן פועלות כ-"רשות". נראה אפוא, שהדברים נכונים בקל וחומר בענייננו, ביחס לגביית דמי השתתפות עצמית בגין שירותי בריאות שלא כלולים בתוספת השנייה, אלא בסל מכבי בהתאם לתכנית הגבייה שלה, והוכנסו לתכנית זו באופן יזום על ידי מכבי, וכאמור לעיל, בהקשר זה ברי שמכבי שוקלת, בין היתר, שיקולים כלכליים ותחרותיים ולא דוקא שיקולים ציבוריים. נוסף על כך, הנימוקים שהובאו בפסק הדין בעניין חיון להצדקת סיווג פעילות הגבייה של דמי ההשתתפות העצמית כפעילות שאינה פעילות של "רשות" יפים, ככלל, גם לגביית דמי השתתפות עצמית עבור שירותי בריאות שכלולים בסל קופה.<sup>88</sup>

## ז. התייחסות לעילות התובענה לגופן

### 1. גביית דמי השתתפות עצמית מחולים כרוניים בגין תרופות הכלולות בסל מכבי

70. אין מחלוקת עובדתית בין הצדדים, שמכבי גבתה ממבוטחיה שהיו חולים כרוניים דמי השתתפות עצמית עבור תרופות הכלולות בסל מכבי, בכפוף לתקרת גבייה נפרדת שמכבי החליטה עליה,<sup>89</sup> וזאת נוסף על גביית דמי השתתפות עצמית עבור תרופות הכלולות בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות, שרק הן הוכפפו לתקרה שנקבעה בתכנית הגבייה משנת 1998, שחלה במועדים הרלבנטיים ועמדה על 200 ש"ח לחודש.

<sup>86</sup> ראו בעניין זה גם בסעיף 17 לפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בעניין חיון, ביחס לחשיבות ויעילות השימוש בכלי התובענה הייצוגית, כפי שנלמד מהניסיון המצטבר של בתי הדין לעבודה, וזאת ביחס לגביית דמי השתתפות עצמית ממבוטחים בקופות החולים.

<sup>87</sup> עניין חיון, סעיף 9 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף.

<sup>88</sup> ראו בעניין חיון, סעיפים 22-23 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף.

<sup>89</sup> ראו בסעיף 17 לתשובת מכבי לבקשת האישור, שתקרת הגבייה שעליה החליטה מכבי ביחס לתרופות מסל מכבי שמסופקות לחולים כרוניים עמדה, ככלל, על 277 ש"ח לחודש (בערכים של היום), וזאת, בנוסף לגבייה נוספת של עד 200 ש"ח לחודש עבור תרופות הכלולות בסל של החוק.

71. המשיבה טוענת, שמדובר בגבייה שלא כדין המנוגדת להוראות החוק ולתכנית הגבייה ואף בית משפט קמא קבע כי "קיימת אפשרות סבירה לקבלת טענת המבקשת שמכבי הפרה את חובתה הקבועה בתכנית הגבייה" (סעיף 44 להחלטה קמא). מנגד, מכבי טוענת, שהתקרה הקבועה בתכנית הגבייה חלה רק על התרופות הכלולות בתוספת השנייה לחוק ולא חלה על התרופות שבסל מכבי, שבגין רשאית הייתה מכבי לגבות דמי השתתפות עצמית נוספים.
72. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, **שצדק בית משפט קמא הנכבד בעניין זה ואכן מדובר בגבייה שלא כדין**.
73. סעיף 13(ב)(1) לחוק ביטוח בריאות קובע: **"קופת חולים לא תגבה במישרין או בעקיפין דמי ביטוח בריאות או כל תשלום אחר עבור שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות, או עבור שירותי אחרים. ואולם רשאית היא לגבות תשלומים שנקבעו לפי סעיפים 7 ו-8..."**. סעיף 8(א)(2)(ג) לחוק זה קובע ביחס לתשלומים שלא קבועים בתוספת השנייה לחוק ומבקשות הקופות להוסיף: **"נקבעו תשלומי חברים שאינם מפורטים בסל שבתוספת ובצו, ייקבעו ביחס אליהם הנחות או פטורים לחברים בקבוצות האלה..."**, ובסעיף קטן (6) שם נזכר: **"חולה במחלה כרונית"**.<sup>90</sup>
74. בהתאם לכך, כלל הקופות כללו בתכניות הגבייה שלהן פטורים ותקרת גבייה לחולים כרוניים. כך נקבע גם בתכנית הגבייה של מכבי בענייננו, משנת 1998:<sup>91</sup> **"תקרה בגובה 200 ש"ח לחודש למבוטח (בחישוב חצי שנתי) לחולים כרוניים. התקרה היא לכל התרופות בהן משתמש המבוטח הכלולות בסל התרופות של הקופה"** (סעיף 3 לתכנית).
75. **פרשנות תכנית הגבייה**: בהינתן, שהחוק מחייב לקבוע תקרת חיוב לחולים כרוניים, ביחס לתשלומים המתייחסים לשירותים שמבקשות הקופות להוסיף במסגרת "סל קופה" כבענייננו; בהינתן, שהחוק מחייב את אישור שר הבריאות והכנסת לקביעת חיובי השתתפות עצמית שאינם קבועים בתוספת השנייה, או לכל שינוי של תשלום כאמור או של תשלום הקבוע בתוספת השנייה, לרבות ביחס לתרופות שמתווספות במסגרת סל קופה;<sup>92</sup> ובהינתן, שבהתאם לכך קבעה מכבי בתכנית הגבייה שאושרה על ידי השר והכנסת תקרה בגובה 200 ש"ח לחודש ביחס לחולים כרוניים עבור תרופות, **הפרשנות הראויה לתכנית הגבייה היא, שמגבלה זו חלה על כלל התרופות שירכוש המבוטח החולה הכרוני**: הן אלה הכלולות בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות **והן אלה הכלולות בסל מכבי**.
76. עמדה זו מתחזקת גם מלשון סעיף 8(א)(1)(א) לחוק: **"קופת חולים רשאית להציע: הוספה לסל שירותי הבריאות שבתוספת והצו"**. עולה מהדברים, שלא קיימת הבחנה בין הסל הבסיסי המפורט בתוספת השנייה ובצו, לבין השירותים הרפואיים שמוסיפות הקופות במסגרת "סל קופה", בהקשר של התשלומים שנגבים בעניינם. השירותים שמוסיפות הקופות במסגרת סל קופה הם בבחינת **"הוספה לסל שירותי הבריאות"**, ולאחר אישורם על ידי השר (ועל ידי הכנסת כאשר יש הוספה או שינוי בתשלומים), כלל השירותים הרפואיים (שבתוספת השנייה ושבסל קופה) **מרכיבים יחדיו את "סל שירותי הבריאות" של הקופה**. גם מנקודת מבט זו, **אין הצדקה לפרשנות שתיצור הבחנה בין הדברים** ותיצור דין שונה ופטורים שונים בין התרופות הכלולות בתוספת השנייה, לאלה הכלולות בסל קופה.
77. **אין לקבל את טענת מכבי**, שיש לדחות את בקשת האישור מהטעם, שהתרופות הנדונות בענייננו והתשלומים בגינם הכלולים בסל מכבי לא הובאו לאישור השר והכנסת ולכן אם ההשתתפויות העצמיות נגבו בחוסר סמכות, "לפי אותו היגיון בדיוק התרופות ניתנו לאותן חולים גם כן בחוסר סמכות" (סעיף 3 לבקשת רשות הערעור).<sup>93</sup> העובדה, שמכבי פעלה בניגוד לדין וסיפקה תרופות למבוטחיה, שאינן מנויות בתוספת השנייה ובצו ואף גבתה תשלומים עבורם וזאת מבלי לקבל את אישור השר והכנסת כמתחייב בחוק ובניגוד להוראות סעיפים 13(ב), 8(א)(1)(א), 8(א)(1)(ג), ו-8(א)(2)(1) לחוק ביטוח בריאות, בוודאי אינה יכולה להצדיק גבייה שלא כדין על ידי מכבי.
- אין כל מקום, בכל הכבוד, לטענת מכבי, שעל המבוטחים להשיב לה את שווי התרופות שסיפקה להם בחוסר

<sup>90</sup> מהוראות החוק עולה, שהדברים מתייחסים הן לשירותים הכלולים בתוספת השנייה לחוק שהקופות מבקשות לשנות את התשלומים בגינם, והן לתשלומים בעד שירותים שלא כלולים בתוספת השנייה והקופות מבקשות להוסיף את השירותים ולחייב בגינם בתשלומים, כבענייננו (שהרי לשון החוק היא כוללנית: "נקבעו תשלומי חברים שאינם מפורטים בסל שבתוספת ובצו").

<sup>91</sup> התכנית מצ"ב ומסומנת ה'. יצוין, שקיימים הבדלים קלים בין נוסח תכנית הגבייה שהגיש המשיבה לבית משפט קמא, לתכנית הגבייה הרשמית. ראו סעיף 8(א)(2)(1) לחוק ביטוח בריאות המפנה לסעיף 8(א) לחוק זה, שבו קבוע מפורשות, בין היתר: "תשלומים עבור שירותים שהוספו".

<sup>93</sup> להצגה מפורטת יותר של טענת מכבי ראו גם בסעיף 94 לתשובת מכבי לבקשת האישור.

סמכות.<sup>94</sup> המבוטחים לא צריכים להיפגע מהתנהלותה של מכבי בניגוד לדין, וטענה זו בוודאי לא יכולה להוות מקור סמכות לגביית דמי ההשתתפות העצמית על ידי מכבי ממבוטחיה החולים הכרוניים, עבור תרופות בסל מכבי, באופן החורג מהתקרה שנקבעה בתכנית הגבייה, ובניגוד לדין.<sup>95</sup>

78. העמדה האמורה מקבלת חיזוק מחוזרים שפרסם משרד הבריאות כבר לפני למעלה מעשור. כך, בחוזר משרד

הבריאות מיום 10.5.2010,<sup>96</sup> נקבע מפורשות בסעיף 11 לחוזר, ביחס לוועדת חריגים:<sup>97</sup>

**"החלטה של ועדת חריגים על מימון טיפול שאינו בסל תיעשה תחת אותם כללי השתתפות בעד טיפול הכלול בסל, לרבות תקרת התשלום לחולים כרוניים".**

בדומה, ביחס לסל קופה, נקבע בחוזר משרד הבריאות מיום 19.7.2011,<sup>98</sup> בסעיף 9.3.1 לחוזר:

**"תקרה חודשית ליחיד לתשלום בעבור צריכת כל סוגי התרופות... אשר בסל הבריאות הממלכתי או בסל המורחב של הקופה תחול על חולים כרוניים".**

הדברים חודדו והוטעמו גם בחוזר העדכני מיום 28.6.2023:<sup>99</sup> **"משעה שאושר לקופת החולים להוסיף שירות ל"סל קופה", הרי שהשירות הוא חלק בלתי נפרד מסל שירותי הבריאות עבור אותה קופה... אם לא אושר תשלום בסכום או בשיעור שונה בהתאם להוראות סעיף 8(א2) הרי שההשתתפות העצמית שהקופה תגבה עבור השירות יהיה זהה לזה שנגבה לעניין שירותים מסוג זה בתוספת השנייה או בצו" (סעיפים 2-3 לחוזר).<sup>100</sup>**

79. לחוזרים של משרד הבריאות, הממוענים למנהלים הכלליים של קופות החולים נודע **משקל משמעותי** בפרשנות הדין וגם כשלעצמם הם מחייבים את הקופות. ראו את קביעתו של בית משפט נכבד זה ביחס לחוזר משנת 2010 שעסק בפעילות וועדות החריגים של הקופות, בפסק הדין בעניין מכבי, סעיפים 65-68:

**"סעיף 35 לחוק קובע: "משרד הבריאות יפקח על פעילותן של קופות החולים לפי חוק זה ויבקר את איכות שירותיהן; דרכי הפיקוח והבקרה ייקבעו בתקנות. בנוסף, בסעיף 60 לחוק מוגדר שר הבריאות כ"ממונה על ביצוע החוק"... עומדת למשרד הבריאות סמכות להוציא חוזר המתייחס לפעילותן של ועדות החריגים... יש לקבוע כי הוראות החוזר מחייבות את הקופות... החוזר ניתן בסמכות ועל מכבי לקיים את הוראותיו".** גם לאחרונה דחה בית המשפט הנכבד עתירה שעסקה בחוזר העדכני (מיום 20.9.2023) ביחס לפעילות וועדות החריגים (בג"צ 7300/23 שירותי בריאות כללית נ' שר הבריאות (נבו) 8.1.2024), תוך שבדין הבהיר בית המשפט הנכבד, שהמלצתו על דחיית הערעור נשענת, בין היתר, על פסק הדין בעניין מכבי ביחס למעמד המחייב של חוזרי משרד הבריאות.

80. אכן, בענייננו, עם פרסום החוזרים, מכבי התאימה את התנהלותה להוראות החוזרים, כמתחייב.<sup>101</sup> מכל מקום, לחוזרים של משרד הבריאות כגורם מקצועי ראשון במעלה הממונה על ביצוע חוק ביטוח בריאות ומופקד על פיקוח על פעילות קופות החולים (ראו סעיפים 35, 60 לחוק ביטוח בריאות) יש מעמד נכבד

<sup>94</sup> ראו בתשובת מכבי לבקשת האישור, שם טענה, שיש לקזז את דמי ההשתתפות העצמית משווי התרופות ו- "התוצאה תהיה שמכבי תקבל לכיסה יותר כסף משתשיב למבוטחיה".

<sup>95</sup> ראו דברים דומים בסעיף 41 להחלטת בית המשפט קמא.

<sup>96</sup> חוזר 6/10 "מתן שירותים שאינם בסל למבוטחי הקופה" (נספח 37 לסיכום טענות מכבי בהליך קמא, בתוך נספח ז' לבקשת רשות הערעור).  
<sup>97</sup> יובהר, שלצד סל קופה, קיימות במסגרת הקופות "ועדות חריגים". בעוד סל קופה כולל את התרופות והשירותים הרפואיים שמעניקה כל קופה (לפי הסל שלה) לכלל חבריה, ועדת חריגים עניינה בפניות של חברים ספציפיים שמבקשים שיינתן להם שירות שאינו מנוי בסל החוק ובסל קופה. ראו בפסק הדין בעניין מכבי, סעיף 33. יצוין כי בעניין עבודת ועדות החריגים פרסם משרד הבריאות לאחרונה, ביום 20.9.2023, חוזר עדכני (חוזר 03/2023, "מתן שירותים שאינם בסל למבוטחי הקופה- הבהרות ונהלי עבודת ועדות החריגים של קופות החולים"), שמפרט קווים מנחים לפעילות ועדות החריגים הבהרטים פרוצדורליים ומהותיים. כן יצוין, שלאחרונה, נדחתה עתירה לבג"צ נגד הוראות החוזר. ראו: בג"צ 7300/23 שירותי בריאות כללית נ' שר הבריאות (נבו) 8.1.2024.

<sup>98</sup> חוזר 10-2011 "עדכון ותשלומים בעד שירותי בריאות ותרופות" (נספח 31 לסיכום טענות מכבי בהליך קמא, בתוך נספח ז' לבקשה).

<sup>99</sup> חוזר 2/2023, לעיל, ה"ש 62, נספח ב' לעמדה זו.

<sup>100</sup> עוד ראו גם בחוזר העדכני לגבי ועדות חריגים (חוזר 03/2023, לעיל, ה"ש 97), שגם שם הוטעם ביחס למבוטחים שאושר להם טיפול על ידי ועדת חריגים שאינו כלול בסל, שדמי ההשתתפות העצמית יהיו בהתאם להשתתפות העצמית המאושרת במסגרת הסל (עמוד 7 לחוזר).

<sup>101</sup> ראו: סעיפים 20-24 לתשובת מכבי לבקשת האישור; סעיף 8 להחלטת בית משפט קמא.

גם במישור של פרשנות הוראות הדין, שעומד לפנינו בהליך זה, כפי שהוטעם בפסיקה גם לאחרונה.<sup>102</sup>  
 81. **סיכומם של דברים** בסוגיית החולים הכרוניים שסופקו להם תרופות הכלולות בסל מכבי: גביית דמי השתתפות עצמית, שחרגה מהתקרה הקבועה בתכנית הגבייה הייתה **מנוגדת לדין**.

## **2. גביית דמי השתתפות עצמית ממבוטחים החולים במחלות קשות עבור תרופות הכלולות בסל מכבי ולא קשורות למחלות הקשות**

82. מכבי טוענת בבקשה, שבניגוד לנטען על ידי המשיבה בבקשת האישור, היא לא גבתה מחולים במחלות קשות דמי השתתפות עצמית עבור תרופות הקשורות למחלות הקשות וזאת בין אם מדובר בתרופות הכלולות בסל הקבוע בתוספת השנייה לחוק ובין אם מדובר בתרופות שהוספו במסגרת סל מכבי.<sup>103</sup> בתשובת המשיבה לבקשת רשות הערעור היא לא חולקת מפורשות על טענה זו.<sup>104</sup> מובן, שאף היועצת המשפטית לממשלה לא תביע כל עמדה בנדון מן ההיבט העובדתי.

83. לצד האמור, מכבי מבהירה,<sup>105</sup> שהיא **גבתה דמי השתתפות עצמית** מחולים במחלות קשות עבור תרופות שלא כלולות בסל של החוק (אלא רק בסל מכבי) ולא קשורות למחלות הקשות.<sup>106</sup> עם זאת, לטענתה, יש לדחות את בקשת האישור בעניין זה על הסף מטעמים של הרחבת חזית היות שהטענות ביחס לגביית דמי השתתפות עצמית מחולים קשים, עבור תרופות הכלולות בסל מכבי שלא קשורות למחלות הקשות, לא נטענו בבקשת האישור.<sup>107</sup> בית המשפט קמא בהחלטתו דחה טענה זו **ואישר את התובענה כייצוגית, אף ביחס לחולים במחלות קשות**.<sup>108</sup>

84. היועצת המשפטית לממשלה לא תביע כל עמדה בסוגיית "הרחבת החזית". לצד זאת, היא תידרש בקצרה לשאלה המשפטית העקרונית לגופה.

85. כלל קופות החולים כללו בתכניות הגבייה שלהן פטור לחולים במחלות קשות, מתשלום דמי השתתפות עצמית על תרופות (הגם שהיו הבדלים מסוימים בהיקף הפטור בין הקופות השונות, כדלהלן). זאת, לאור הוראת סעיף 19 לחוק ביטוח בריאות הקובע, שמשרד הבריאות יעביר לקופות החולים סכומים שייקבעו לפי מספר החברים בכל קופה הלוקים במחלות קשות, לאחר שהמוסד לביטוח לאומי ינכה מסכומי דמי ביטוח בריאות שגבה, את הסכום הכולל של העלויות של מתן שירותים רפואיים לחולים במחלות קשות (בהתאם לסכום שיקבע שר הבריאות בהסכמת שר האוצר) והמוסד יעביר סכום זה למשרד הבריאות.  
 86. בהתאם לסעיף 2 לתכנית הגבייה של מכבי משנת 1998, שחלה במועדים הרלבנטיים לבקשת האישור שלפנינו, נקבע ביחס לחולים במחלות קשות, כך:

**"חולים במחלות: טלסמיה, גושה, CF, המופיליה, דיאליזה, שחפת, אידס ומחלות אונקולוגיות- פטור מהיטל ביקור רופא, מהשתתפות במרפאות חוץ, מהשתתפות בתרופות, או מכל השתתפות אחרת".**  
 תכנית הגבייה של מכבי לא הגבילה את הפטור רק לתרופות שקשורות למחלות קשות. זאת, בשונה מקופות חולים אחרות שהגבילו את הפטור כאמור.<sup>109</sup>

<sup>102</sup> ראו בעניין ע"מ 3719/22 שירותי בריאות כללית נ' אודיו מדיק בע"מ (נבו 4.2.2024), שם נקבע, ביחס לעמדתו של משרד הבריאות כמאסדר: "המאסדר הוא גוף אובייקטיבי בעל ידע מקצועי ובעל מומחיות ייחודית בתחומו" (סעיף 49 לפסק הדין) וכן הוטעמה "יכולתו של המאסדר לראות את האינטרס הציבורי הרחב ואת התמונה המלאה של התחום המצוי תחת פיקוחו" (שם). עוד נקבע כי יש ליתן לעמדת משרד הבריאות "משקל ממש" (סעיף 59, שם).

<sup>103</sup> ראו: סעיף 15 לבקשת רשות הערעור; סעיפים 19, 46 לתשובת מכבי לבקשת האישור.

<sup>104</sup> ראו סעיף 8 לתשובת המשיבה, וכן בסעיפים 15-17 לסיכומי התשובה של המשיבה בהליך קמא (נספח ח' לבקשת רשות הערעור).

<sup>105</sup> ראו: סעיפים 15-16 לבקשת רשות הערעור; סעיף 46 לתשובת מכבי לבקשת האישור.

<sup>106</sup> בעוד מכבי לא גבתה תשלומים מחולים במחלות קשות עבור תרופות הכלולות בסל של החוק, גם אם הללו לא קשורות למחלות הקשות. כך, במועדים הרלבנטיים לבקשת האישור וראו להלן בעניין זה.

<sup>107</sup> ראו: סעיפים 14-18 לבקשת רשות הערעור.

<sup>108</sup> ראו: סעיף 43 להחלטת בית משפט קמא.

<sup>109</sup> ראו גם בדו"ח נציב קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לשנים 2002-2003 (נספח 17 לסיכום טענות מכבי הליך קמא, בתוך נספח ז' לבקשת

87. מכבי אינה חולקת על כך, שהפטור על פי תכנית הגבייה לחולים במחלות קשות, חל גם על תרופות שאינן קשורות למחלות הקשות וטוענת שכך אכן נהגה. **המחלוקת המשפטית עוסקת רק בשאלה האם הפטור (ככל שמדובר בתרופות שלא קשורות למחלות הקשות), חל גם על תרופות שהוספו במסגרת סל מכבי.**

88. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שבהתאם לתכנית הגבייה, **הפטור חל הן על תרופות הכלולות בסל של החוק והן על תרופות שהוספו במסגרת סל מכבי.** זאת, מנימוקים דומים לאלה שפורטו לעיל בסוגיית החולים הכרוניים.<sup>110</sup> במיוחד יוטעם הנימוק הנוגע להוראת סעיף 8(א1)(א) לחוק ביטוח בריאות הקובע: **"קופת חולים רשאית להציע: הוספה לסל שירותי הבריאות שבתוספת והצו".** עולה מהדברים, שלא קיימת הבחנה בין הסל הבסיסי המפורט בתוספת השנייה ובצו, לבין השירותים הרפואיים שמוסיפות הקופות במסגרת "סל קופה" **המרכיבים יחדיו את "סל שירותי הבריאות" של הקופה.** משכך, אין הצדקה לפרשנות שתיצור הבחנה בין הדברים ותיצור דין שונה ופטורים שונים בין התרופות הכלולות בתוספת השנייה, לאלה הכלולות בסל קופה. כך גם בהתאם לחוזרי משרד הבריאות משנים 2010-2011 שפורטו לעיל, ביחס לוועדות החריגים וסל קופה (בהתייחס לחולים במחלות כרוניות), שהגיונם יפה גם ביחס לחולים במחלות קשות, כפי שהוטעם מפורשות, בין היתר, בחוזר העדכני של משרד הבריאות מיום 28.6.2023:<sup>111</sup> **"משעה שאושר לקופת החולים להוסיף שירות ל"סל קופה" הרי שהשירות הוא חלק בלתי נפרד מסל שירותי הבריאות עבור אותה קופה... אם לא אושר תשלום בסכום או בשיעור שונה בהתאם להוראות סעיף 8(א2) הרי שההשתתפות העצמית שהקופה תגבה עבור השירות יהיה זהה לזה שנגבה לעניין שירותים מסוג זה בתוספת השנייה או בצו"** (סעיפים 2-3 לחוזר).

89. על כן, גביית דמי השתתפות עצמית על ידי מכבי מחולים במחלות קשות, עבור תרופות שלא קשורות למחלות הקשות שנכללו בסל מכבי, הייתה **מנוגדת לדין** ולא היה מקום לאבחנה שיצרה מכבי בין הסל של החוק לסל מכבי בעניין זה וצדק בכך בית משפט קמא הנכבד.

#### **ח. בנסיבות העניין הייחודיות ספק אם היה מקום לאשר את התובענה כייצוגית**

90. מבלי לגרוע מהאמור לעיל בסוגיית הגבייה שלא כדן, בחינת מכלול נסיבות העניין מעוררת **ספק של ממש**, אם היה מקום לאשר את התובענה כייצוגית.

91. עיון בפסיקה מלמד, שגם כאשר נפסק שהתנהלות נתבע הייתה מנוגדת לדין, יהיו מקרים שבהם הדבר לא יצדיק אישור ניהול התובענה כייצוגית, ככל, שפרשנות הדין על ידי הנתבע בזמן אמת הייתה **סבירה ותמת לב לשעתה** (אף אם לא הייתה קיימת הלכה קודמת בעניין), **ובמיוחד כאשר מדובר בגופים ציבוריים או דו-מהותיים שמימנם הוא מהקופה הציבורית.** בחלק מהמקרים, הפסיקה הזו נומקה על יסוד דרישת סעיף 8(א2) לחוק תובענות ייצוגיות שמורה לבחון אם תובענה הייצוגית תהא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. במקרים אחרים, פסיקה שקבעה שגבייה אינה חוקית הוחלה באופן פרוספקטיבי בלבד וממילא הביאה לדחיית בקשות אישור. ראו למשל בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין **עמר**<sup>112</sup>:

**"...היו מקרים שבהם נקבעה תחולה פרוספקטיבית בלבד להלכה חדשה, למרות שלא היה בקביעתה משום שינוי של הלכה קודמת באותה סוגייה... עמימות במצב המשפטי, שהיא חזון נפרץ בתחום דיני הארנונה, עשויה להוביל לכך שיהיה צורך להחיל הלכה חדשה פרוספקטיבית בלבד... בסוגייה זו, נוטה אני לגישה כי במקרים מסוימים, יהא זה מוצדק לקבוע כי הלכה חדשה תחול פרוספקטיבית בלבד, אף**

רשות הערעור): "בקופות החולים כללית, לאומית ומאוחדת ניתן לחולים קשים פטור מתשלום עבור תרופות ייעודיות למחלה בלבד, ובקופות חולים מכבי לחולים הקשים ניתן פטור מלא מתשלום ההשתתפות העצמית עבור כלל התרופות שהם צורכים הכלולות בסל". למען שלמות התמונה יצוין, שבתכנית הגבייה המתוקנת שהגישה מכבי בשנת 2014 (ואושרה על ידי שר הבריאות והכנסת ונכנסה לתוקף בשנת 2015), שונתה הוראה זו ונקבע שהפטור "יוגבל לתרופות הייעודיות עבור המחלה" (ראו סעיף 34 להחלטה קמא). זאת, הן ביחס לתרופות הכלולות בסל של החוק והן ביחס לתרופות שבסל מכבי. מכל מקום, הדברים לא רלבנטיים למועדים שבהם עוסק הליך זה.

<sup>110</sup> ראו לעיל, סעיפים 72-80 לעמדה זו.

<sup>111</sup> חוזר 02/2023, לעיל, ה"ש 62, נספח ב' לעמדה זו.

<sup>112</sup> רע"א 2453/13 עמר נ' עיריית חדרה (נבו 14.4.2015), סעיף 42.

בהיעדר הלכה סותרת קודמת באותו עניין. זאת, בפרט, כאשר הייתה הסתמכות ממושכת של רשות ציבורית על פרשנות מסוימת של המצב המשפטי בסוגייה נתונה, שבנסיבות העניין יש לראותה כסבירה. יש אף לזכור, כי תובענה ייצוגית היא מקרה טיפוסי שבו הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה אינו משמעותי. במקרים אלו, כפי שילמד המקרה שלפנינו, גישה של "ייקוב הדין את ההר" מעוררת קשיים ניכרים. יש בגישה כזו כדי להקשות על אימוץ הלכה ראויה, מחשש שיהיו לכך השלכות מעשיות מרחיקות לכת". לאור האמור, ואף תוך התחשבות בפגיעה בקופה הציבורית (שם, סעיפים 46-45) נקבעה בעניין עמר תחולה פרוספקטיבית בלבד של הקביעה אודות אי חוקיות הגבייה שנדונה שם, תוך שנדחתה בקשת האישור שם.

עוד ראו בדומה בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין מסרי<sup>113</sup>, בהרכב מורחב, כאשר גם שם הוחלה פסיקה באופן פרוספקטיבי בלבד, חרף העדרה של הלכה קודמת בנדון וזאת לאור עמימות במצב הנורמטיבי ולאור השלכות על תקציב הרשויות המקומיות, שהן לא נערכו לו.

כמו כן ראו בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה בעניין אורמת מערכות<sup>114</sup>, שם נקבע ביחס למוסד לביטוח לאומי, שעמימות במצב המשפטי ופרשנות שניתן לראותה כסבירה לשעתה עשויות להצדיק להחיל פסיקה חדשה באופן פרוספקטיבי בלבד, באופן שלא יחייב את המוסד בהשבת כספים שנים אחורה, ששולמו מהקופה הציבורית. בדומה, במספר מקרים נקבע בפסיקה, שאין לאשר תובענה כייצוגית בגין טענות לגביית מס שלא כדין, כאשר בזמן אמת הגבייה של הרשות התבססה על פרשנות סבירה לשעתה, להוראות הדין. ראו בעניין עג'מי<sup>115</sup>: "יהא זה בלתי סביר לקבוע כי בכל מקרה שבו מתקבלת הלכה משפטית חדשה תהא הרשות חשופה לניהול הליכים של תובענות ייצוגיות כנגדה, על אף שבזמן אמת פעלה היא בהתאם לדין הקיים, כפי שזה פורש על ידה... גם אם תיקבע על ידי בית המשפט העליון הלכה בניגוד לעמדתה, אין זה אומר שהתנהלות הרשות טרם קביעת הלכה שיפוטית זו היתה בלתי סבירה, באופן המצדיק בהכרח את השבת המס שנגבה על ידה טרם אותה הלכה...".

92. גישה זו יושמה לאחרונה על ידי בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב בעניין גיל<sup>116</sup>, במסגרת תובענה ייצוגית נגד קופת חולים מכבי. בקשת האישור שם נדחתה, בין היתר, מהנימוק, שמכבי פעלה בתום לב ומתוך הסתמכות על פרשנות סבירה לשעתה להוראות הדין ומתוך הבנתה של מכבי את הנחיות משרד הבריאות. זאת, גם מהטעם, שקופת החולים הפסיקה את הגבייה שבנדון עוד טרם הגשת בקשת האישור ובשים לב להשלכות התקציביות על מתן שירותי הקופה. בנסיבות אלה נקבע שם, שהתובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. 93. דומה, שגם בענייננו, ניתן להטיל ספק ממשי האם יש הצדקה באישור התובענה דנן כייצוגית, בשים לב לעמימות הנורמטיבית בזמן אמת ולפרשנות מכבי באותה עת, שניתן לכאורה לראותה כסבירה לשעתה כדלהלן, ובכלל זה בהינתן, שכפי שיפורט להלן, חלק מפרסומי משרד הבריאות "בזמן אמת" (טרם הוצאת החוזרים בשנים 2011-2010) עשויים היו להתפרש באופן שאינו שולל את פרשנותה של מכבי; ובהינתן, שמדובר בתרופות, שהחוק לא חייב את מכבי לספק למבוטחיה (כל עוד לא נכללו בסל הקופה) וייתכן, שהכנסתם על ידה לסל מכבי תוך מימון עיקר עלותם על ידה, התבססה על פרשנותה שהגבייה שבנדון מותרת.

94. יש לציין בהקשר זה גם את המאפיינים הציבוריים המסוימים בפעילות קופות החולים כגופים דו-מהותיים מהמעלה הראשונה כפי שפורט לעיל בהרחבה, ובמיוחד בשים לב לכך, שעיקר תקצובן של הקופות נעשה מהקופה הציבורית וכן לכך שהקופות פועלות, שלא למטרת רווח. גם אם בגביית דמי ההשתתפות העצמית מכבי פעלה כ-

<sup>113</sup> ע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה כרמיאל נ' מסרי (נבו 24.5.2018), סעיפים 117-120.

<sup>114</sup> עב"ל (ארצי) המוסד לביטוח לאומי נ' אורמת מערכות בע"מ (נבו 12.6.2018), סעיפים 38-48.

<sup>115</sup> ת"צ (מרכז) 1901-05-15 עג'מי נ' רשות המיסים (נבו 5.7.2016), סעיף 71. ערעור נדחה בהסכמת הצדדים (ע"מ 6122/16 בט נ' מדינת ישראל (נבו 30.3.2017)). לקביעות דומות בהליכים נוספים ראו: ת"צ (מרכז) 62393-07-17 ועקנין נ' מדינת ישראל (נבו 27.6.2018), סעיפים 29-31 (ערעור נמחק בהמלצת בית המשפט העליון. ראו: ע"מ 5891/18 ועקנין נ' מדינת ישראל (נבו 8.7.2019)); ת"צ (מרכז) 15249-11-19 צדק פיננסי נ' מדינת ישראל (נבו 13.3.2021), סעיפים 31-32.

<sup>116</sup> ת"צ (עבודה תל אביב) 45153-04-15 גיל נ' מכבי שירותי בריאות (נבו 5.7.2023), סעיפים 34-43 (ובמיוחד סעיף 40).



"עוסק" כמוטעם לעיל, דומה, **שיש לתת משקל להיבטים הציבוריים** בפעילות הקופות, במסגרת מכלול השיקולים הנבחן בהחלטה האם לאשר את התובענה כייצוגית. כמפורט לעיל, **בפסיקת בית המשפט הנכבד ניתן משקל מיוחד** לשיקולים של פרשנות סבירה לשעתה ולשיקולים של הסתמכות תקציבית, כאשר מדובר בכספים היוצאים **מהקופה הציבורית**, והדברים רלבנטיים בעיקרם, כאמור לעיל, גם ביחס לקופות החולים, והגם, **שכל מקרה ייבחן לגופו**.

95. כמו כן, יש לציין, מבלי לגרוע מהאמור לעיל בסוגיית הגבייה שלא כדיון, שהדברים אינם מפורשים ב-"רחל בתך הקטנה", בחוק ביטוח בריאות ובתכנית הגבייה, ודומה שפרשנותה של מכבי "בזמן אמת" לא הייתה מופרכת, גם אם כיום נכון לאמץ פרשנות אחרת.

96. על כן, בנסיבות אלו, וככל שבזמן אמת מכבי ביקשה לכלול את התרופות האמורות בסל מכבי ולממן את עיקר עלותן מתקציבה, מתוך הנחה פרשנית, שההנחות והפטורים שחלים על התרופות הכלולות בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות, לא יחולו על תרופות אלה, **קיים קושי מסוים** בחיוב בדיעבד של מכבי בהשבת הכספים שגבתה עבור התרופות שסיפקה. כפי שכתבה לב"כ המשיבה, גב' רויטל טופר, סמנכ"ל לפיקוח על קופות החולים במשרד הבריאות דאז, בסעיף 5 למכתבה מיום 5.6.2012:

**"איננו רואים מקום לדרישות החזר כספי עבור שירותים שסופקו טרם הוצאת החוזר ושבועדם נעשתה גבייה מעבר לכללי ההשתתפות העצמית, בין היתר בשים לב לכך, שלא מן הנמנע כי שיקולי הקופה במתן טיפול תרופתי שממילא אין היא חייבת בנתינתו על פי הסל, עשויים היו להסתמך בין היתר על כלל המקורות שבידה, לרבות השתתפויות עצמיות. דהיינו שלא ניתן להניח בהכרח כי אלמלא ההשתתפויות העצמיות שגבתה, הייתה הקופה מחליטה לשאת במימון השרות שלא על פי חובתה שבחוק".**<sup>117</sup>

97. זאת ועוד: מספר פרסומים של משרד הבריאות, מזמן אמת (טרם הוצאות החוזרים מהשנים 2010-2011 שאסרו מפורשות את הגבייה שבנדון), ניתנים היו להתפרש, לכאורה, באופן שאינו סותר את פרשנותה של מכבי.<sup>118</sup> ראו למשל בדו"ח משרד הבריאות לשנים 2004-2005,<sup>119</sup> שם מובאת התייחסות לקבילות של מבוטחים נגד קופות החולים בגין גביית דמי השתתפות עצמית מחולים כרוניים מעבר לתקרה הקבועה בתכניות הגבייה, והקבילות נדחו על ידי משרד הבריאות: **"רובן המכריע של הקבילות שנתקבלו בעניין גביית תשלומים מעבר לתקרת התשלום לחולים כרוניים נמצאו לא מוצדקות... התשלומים כללו בתוכם תשלום עבור תרופות שאינן כלולות במסגרת הסל שבחוק ולכן אינן נכללות בתוך התקרה לתשלום".**<sup>120</sup> כן ראו במכתבה של מרכזת תחום קבילות הציבור בנציבות הקבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי במשרד הבריאות, למשיבה, מיום 19.4.2012<sup>121</sup> (טרם הגשת בקשת האישור דנן), שם לא התקבלה קבילתה של המשיבה:

**"הטיפול... ניתן לך במימון הקופה מעבר למסגרת סל שירותי הבריאות שעל פי החוק וזאת כחלק מסל מורחב אשר סיפקה הקופה למבוטחיה. הוסבר כי החל מיולי 2011 גם על תרופות אשר סופקו מעבר למסגרת סל שירותי הבריאות הוחלו הנחות נוספות כגון תקרת תשלום או פטור מתשלום... בהתאם לחוזר 10/2011. במקרה שלך... החל מיולי ניתן פטור מתשלום הן מתרופות שכלולות בסל והן תרופות שמכבי מספקת במסגרת סל מורחב ללקוחותיה... קופת חולים אינה מחויבת במימון תרופות מעבר לסל שירותי הבריאות, אולם ככל שהקופה החליטה לספק תרופה שאינה כלולה בסל גם תרופה זו תיכלל**

<sup>117</sup> נספח 40 לסיכום טענות מכבי בהליך קמא, בתוך נספח ז' לבקשת רשות הערעור. ראו טענה דומה בסעיף 39 לבקשת רשות הערעור.  
<sup>118</sup> יצוין, שאף הצדדים ובית משפט קמא בהחלטתו נדרשו לפרסומי משרד הבריאות בעניין.

<sup>119</sup> נספח 18 לסיכום טענות מכבי בהליך קמא, בתוך נספח ז' לבקשה.

<sup>120</sup> עוד ראו בחוזר משרד הבריאות 7/2007 (מיום 27.5.2007) "הגדרת חולה כרוני לצורך תקרה עבור רכישת תרופות" (נספח 15 לסיכום טענות מכבי בהליך קמא, בתוך נספח ז' לבקשת רשות הערעור) שם נכתב: **"התקרה חלה על כלל התרופות במסגרת הסל הבסיסי שצורך החולה... כמו כן התקרה חלה על כל הציוד המתכלה הכלול בסל שירותי הבריאות והמפורט בתוספת השנייה לחוק".**

<sup>121</sup> נספח 39 לסיכום טענות מכבי בהליך קמא, בתוך נספח ז' לבקשה.

**מעשה במסגרת הפטור... בדיקת פירוט התרופות והמסמכים הרפואיים שנתקבלו עולה כי... למרבה הצער התרופות אינן כלולות בסל... מאחר וקופת החולים סיפקה את התרופות כהרחבה למסגרת הסל הרי שהקופה פעלה מעבר לחובתה על פי חוק...".**

בדומה, ראו בסעיף 4 למכתב משרד הבריאות מיום 5.6.2012 (נספח 40 לסיכום טענות מכבי בהליך קמא): **"בחוזר סמנכ"ל 6/2010... נקבע לראשונה כי על הקופה לגבות בעד טיפול שאינו בסל אותם כללי השתתפות עצמית בעד טיפול הכלול בסל, לרבות תקרת התשלום לחולים כרוניים".**

מנגד, היו פרסומים אחרים של משרד הבריאות, שעשויים היו להתפרש אחרת.<sup>122</sup>

98. **יודגש:** לא כל טענה להסתמכות כזו או אחרת על פרסומים של גורם מאסדר תהא מגן מפני תובענה ייצוגית. ראו למשל בעניין **שמעון**<sup>123</sup> שם נקבע, ביחס לתכתובת פנימית שלא ברור היקף תפוצתה, שאינה מסמך סדור מטעם המאסדר, ואינה אלא אישור לעמדה שניסח איגוד מקצועי: **"ההסתמכות על 'התכתובת' מסוג זה מעוררת קושי רב"** (סעיף 53 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז).<sup>124</sup> מדובר בסוגיה מורכבת שדורשת בחינה פרטנית בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. יפים לעניין זה הדברים האמורים בעמוד 89 לדו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק ותובענות ייצוגיות<sup>125</sup>:

**"מדובר בנושא מורכב ואכן יש מצבים שבהם המפוקח פעל בהתאם למדיניות של המאסדר ועל כן ייתכן שישנם מקרים שבהם אין הצדקה לניהול תובענה ייצוגית... עם זאת, חברי הצוות סברו כי אין מקום לשנות את ברירת המחל על ידי קביעת כלל קטגורי של חסימת תובענות ייצוגיות בכל מקרה ומקרה, כך שלא ניתן יהיה במקרים אלה להגיש תובענה ייצוגית או שתהיה לנתבעות הגנה אוטומטית ולא תפעל ביקורת שיפוטית בהתאם למכלול נסיבות המקרה הפרטני (ובין היתר בשים לב לטיבה של ההנחיה הקונקרטי, היקפה ומידת ההסתמכות עליה בפועל)..."**<sup>126</sup>

99. משכך, יש לבחון את מכלול נסיבות המקרה הפרטני בענייננו, ולאורה של בחינה זו, מתעורר **ספק ממשי** אם היה מקום לאישור התובענה דנן כייצוגית, לאור כל האמור לעיל, הן מן ההיבט של דרישת "היעילות וההוגנות" בגדרי סעיף 8(א)(2) לחוק; הן מנקודת המבט של **שיקול הדעת הכללי המוקנה לבית המשפט** בהחלטתו האם לאשר תובענה כייצוגית, וזאת אף כאשר התנאים הקבועים בחוק לאישור תובענה כייצוגית מתקיימים<sup>127</sup>; והן מן ההיבט של התחולה בזמן של הפסיקה שתקבע (ככל שתקבע), שהגבייה שבנדון מנוגדת לדין ובשים לב לחוזר שפרסם משרד הבריאות שהבהיר **בשנת 2011** את המצב הנורמטיבי לאשורו.

100. עוד יש לחדד, שאין מחלוקת בין הצדדים, שמכבי **הפסיקה את הגבייה שבנדון עוד טרם הגשת בקשת האישור**.<sup>128</sup> אכן, כפי שקבע בית משפט קמא הנכבד, כאשר לא מדובר בגביית תשלום חובה על ידי רשות

<sup>122</sup> ראו למשל חוזר משרד הבריאות 4/09, מיום 5.2.2009 (וכן בחוזרים שקדמו לו) "עדכון תשלומים בעד שירותי בריאות ותרופות", שם נקבע בסעיף 7.3.1: **"תקרה חודשית ליחיד לתשלום בעבור צריכת כל סוגי התרופות... תחול על חולים כרוניים"**. ראו: [https://www.gov.il/BlobFolder/policy/sbn04-2009/he/files\\_circulars\\_sbn\\_sbn04\\_2009.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/sbn04-2009/he/files_circulars_sbn_sbn04_2009.pdf).

<sup>123</sup> ע"א 9294/16 **שמעון נ' חברת אי די איי חברה לבטוח בע"מ** (נבו 4.2.2020).

<sup>124</sup> עוד ראו בהחלטת כב' השופט (בדימוס) הנדל לדחות בקשה לדיון נוסף שם (דנ"א 1953/20 **אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ נ' שמעון** (נבו 2.3.2021), סעיף 6) שקבע, שהפסיקה האמורה בנסיבות אלה אין בה "כדי לערער את המעמד הנורמטיבי המחייב של הנחיות המפקח על הביטוח", וכן אבחן בין מקרה שבו המאסדר חייב את המפוקחים להתנהל באופן מסוים (שאו יינתן משקל רב יותר להנחיותיו, במסגרת תובענה ייצוגית נגד המפוקח), לבין מקרה שבו לא מדובר בחיוב על ידי המאסדר.

<sup>125</sup> הדוח פורסם כאן: <https://www.gov.il/BlobFolder/reports/class-action/he/class-action-report.pdf>. למען הגילוי הנאות יצוין, שהתחום מטה היה חבר בצוות.

<sup>126</sup> עוד ראו בסעיף 8(א)(1) לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות.

<sup>127</sup> ראו: רע"א 4481/20 **קירשנר נ' לוינשטיין** (נבו 6.6.2023), סעיף 21; ע"א 6007/21 **מסאלחה נ' עיריית עפולה** (נבו 26.12.2021), סעיף 8 (להלן: **"עניין עפולה"**); רע"א 2298/19 **פינצ'בסקי נ' הנסיך מפעל לייצור טחינה בע"מ** (נבו 4.8.2021), סעיף 27 (להלן: **"עניין פינצ'בסקי"**); ת"צ (מרכז) 49512-01-16 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אלאוף ושות' ספנות בע"מ** (נבו 22.9.2019), סעיף 24 (להלן: **"עניין אלאוף"**). יצוין, שערעור שהוגש על פסק הדין בעניין אלאוף-נדחה (ראו: ע"א 7560/19 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אלאוף ושות' ספנות בע"מ** (נבו 18.10.2021)). פסיקה זו מבוססת על המונח "רשאי", בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>128</sup> ראו: סעיף 3 לתשובת המשיבה לבקשת רשות הערעור; סעיף 5 לבקשת האישור; סעיפים 20-24 לתשובת מכבי לבקשת האישור; סעיף 8 להחלטת בית משפט קמא.

מנהלית הבאה בגדרי פרט 11, אין תחולה לסעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות. משכך, אין בעובדת החדילה כדי להביא בהכרח לדחיית בקשת האישור. הדבר נובע גם מכך, שתכליות ההליך הייצוגי אינן מצומצמות רק לאכיפת הדין ולהפסקת גבייה בלתי חוקית מכאן ולהבא, אלא נועדו גם להביא ל- **"מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין"** (סעיף 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות), ויש להיזהר מיצירת תמריץ להפרת הדין עד שתוגש תובענה, כפי שהטעים בית משפט זה בעניין **אביב שירותים**<sup>129</sup> ובעניין **לרנר**<sup>130</sup>.

101. לצד האמור, נקבע בפסיקה, שתיקון ההפרה (ובמיוחד תיקון שבוצע עוד לפני הגשת בקשת האישור) **עשוי להישקל כחלק ממכלול השיקולים**, שבית המשפט בוחן במסגרת החלטתו האם לאשר את התובענה כייצוגית.<sup>131</sup> כך, למשל, בסעיף 9 לפסק הדין בעניין **עפולה** אישר בית משפט זה החלטה על דחיית בקשת אישור בגין סגירת פארק על ידי עיריית עפולה, לתושבים שאינם תושבי העיר, תוך שנטען בבקשת האישור שהסגירה נועדה להפלות את בני המגזר הערבי. בקשת האישור נדחתה בעיקר בשים לב לכך, שהחלטת הסגירה **בוטלה על ידי העירייה, עוד טרם הגשת בקשת האישור**.<sup>132</sup>

102. עוד ראו בהחלטתו של כב' השופט גרוסקופף בעניין **אלאלוף**<sup>133</sup>, שדחתה בקשה לאישור תובענה כייצוגית חרף הקביעה שקיימת עילת תביעה טובה, וזאת, בין היתר, בהינתן, שהתקנות שהפרתן הייתה נושא ההליך **בוטלו מכאן ולהבא**. עם זאת, הודגש, שנימוק זה אינו עומד כשלעצמו ולבדו לא היה מצדיק את דחיית בקשת האישור (סעיף 24, שם) ו- **"לא ניתן לקבל את טענות המשיבות כי עצם ביטול התקנות שכאמור פועל רק מכאן ולהבא משמיט את הקרקע מתחת לאפשרות לנהל הליך של תובענה ייצוגית ביחס לעבר"** (סעיף 25, שם). אולם **"אין להתעלם כליל מאקט ביטול התקנות, אלא נדרש להביאו בחשבון במסגרת בחינת ההצדקות לניהול ההליך הייצוגי"** (שם).

103. בענייננו, ייתכן, שעצם תיקון ההפרה טרם הגשת בקשת האישור לא מהווה כשלעצמו סיבה מספקת שלא לאשר את ניהול התובענה כייצוגית, ולא מצדיק כשלעצמו שלא לתת סעד הולם במסגרת הליך ייצוגי לחברי הקבוצה שנפגעו מהפרת הדין. עם זאת, בהתאם לפסיקה שהובאה, מדובר **בנסיבה רלבנטית** שנדרש לשוקלה במסגרת ההחלטה על אישור ניהול התובענה כייצוגית, וכאשר מצרפים נסיבה זו **לנסיבות הייחודיות הנוספות** שמתקיימות בענייננו ופורטו לעיל, **מתעורר ספק בדבר ההצדקה לאשר את התובענה כייצוגית**.

104. **סיכומם של דברים**: היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שבקשת האישור דן **באה בגדר פרט 1** ובכך צדק בית משפט קמא הנכבד; הגבייה הנתקפת בבקשת האישור (הן ביחס לחולים כרוניים, הן ביחס לחולים במחלות קשות) עולה משום **גבייה שלא כדין** ואף בכך צדק בית משפט קמא הנכבד. לצד האמור, בחינת **מכלול הנסיבות הייחודיות** של המקרה הפרטני, תוך מתן משקל גם להיבטים הציבוריים בפעילות מכבי, מעוררת **ספק ממשי** האם היה מקום לאשר את ניהול התובענה דן כייצוגית.

105. לאור כל האמור, יתבקש בית המשפט הנכבד **לאמץ את עמדת היועצת המשפטית לממשלה**, כפי שפורטה.

יואב שחם, עו"ד

פרקליטות המדינה

ב"כ היועצת המשפטית לממשלה

<sup>129</sup> ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (נבו 11.12.2008), סעיף 8.

<sup>130</sup> רע"א 1850/19 לרנר נ' די בי אס שירותי לוויין (1998) בע"מ (נבו 7.1.2020), סעיף 11.

<sup>131</sup> ראו: עניין **פינצ'בסקי**, לעיל, ה"ש 127, סעיף 27. עוד ראו: רע"א 3814/14 חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' מסטיי (נבו 6.7.2015), סעיף 18 וכן ע"א 7100/19 קימברלי-קלארק ישראל שיווק בע"מ נ' מסטיי (נבו 11.8.2021), סעיף 16, שם אושרה תובענה לניהול כייצוגית ואף התקבלה לגופה, בין היתר בהתחשב בכך, שעוסק **לא תיקן** את ההפרה בשיווק מוצר תקול, בדמות איסופו מהחנויות.

<sup>132</sup> יצוין, שניתן משקל שם גם לכך, שסגירת הפארק נמשכה פרק זמן קצר בלבד. עוד יוער, שהוכחת תובענה ייצוגית בגין אפליה (על פי פרט 7 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות) דורשת הוכחת נזק (ראו סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות), ובכך מורכבות נוספת, בהשוואה לתביעה שעוסקת בגביית כספים כבענייננו.

<sup>133</sup> עוד ראו והשוו: רע"א 2957/17 סופר גז' שוורצמן (נבו 17.3.2024), סעיף 28.