

1. גיא חיון
2. אייל קוצ'ינסקי
ע"י ב"כ עו"ד אופיר ארגמן ו/או מישאל שרעבי
ו/או מיטל יצחק ואח'
ממשרד אברהם בר, עורכי דין
רחוב עין הקורא, 10 ראשון לציון, 75289
טלפון: 03-9599999; פקס: 03-9599998
3. סלילה נג'ואן
4. ויקי ישראלי
5. חני בן יהודה
6. אסתר לפקוביץ
ע"י ב"כ עו"ד ישראל וולנרמן
רחוב ויצמן 14, תל אביב-יפו, 64239
טלפון: 03-7181111; פקס: 03-7181112

העותרים

- נגד -

1. בית הדין הארצי לעבודה
2. מכבי שירותי בריאות אגודה עותמנית מספר 227/99
ע"י ב"כ עוה"ד אסף רנצלר ו/או פרח רוסלר
ממשרד ש. הורוביץ ושות', עורכי דין
רחוב אחד העם 31, תל אביב, 65202
טלפון: 03-5670700; פקס: 035660974
3. לאומית שירותי בריאות אגודה עותמנית מספר 1600/99
ע"י ב"כ עו"ד מ. מוזר
רחוב הנמל 40, תל אביב, 65202
טלפון: 03-5442370; פקס: 03-5442375
4. קופת חולים מאוחדת אגודה עותמנית מספר 5849/99
ע"י ב"כ עוה"ד מומי דהן ו/או ענת רופא
רחוב החילוץ 5, רמת גן, 5252269
טלפון: 03-5618618; פקס: 03-5628050
5. שירותי בריאות כללית אגודה עותמנית מספר 611/99
ע"י ב"כ עו"ד עוזי מור ו/או שי תמר
ממשרד ליפא מאיר ושות', עורכי דין
רחוב איתמר בן אבי, 4 תל אביב, 64736
טלפון: 03-6070600; פקס: 03-6070666
6. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה
רחוב מח"ל 7, ירושלים, מיקוד 97763
טלפון: 02-5419629; פקס: 02-5419660

המשיבים

תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 30.6.2019, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להניח תגובתו לעתירה.

פתח דבר

1. העותרים בעתירה זו הם מבוטחים בקופות החולים השונות (המשיבות 2-5 כאן), אשר הגישו לבית הדין האזורי לעבודה תובענה נגד קופות החולים, ובקשה להכיר בתובענה כייצוגית (להלן: **"התובענה הייצוגית"**). במסגרת הבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית עתרו העותרים להשבת תשלומי השתתפות עצמית שגבו מהם הקופות בגין רכישת ציוד מתכלה למשאבת אינסולין, לו הם היו זכאים לפי סל הבריאות, וזאת לגבי התקופה אשר קדמה לפרסומו של חוזר משרד הבריאות שהורה לקופות החולים להפסיק לגבות תשלומי השתתפות עצמית בגין שירותים אלה.

2. בהחלטת בית הדין האזורי לעבודה מיום 3.8.2015 נדונו הודעות חדילה שניתנו על ידי קופות החולים בתגובה לתובענה הייצוגית. בית הדין האזורי לעבודה קבע בהחלטתו זו, כי קופות החולים אינן בגדר 'רשות' לעניין סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006 (להלן: **"החוק"** או **"חוק תובענות ייצוגיות"**), ומשכך דחה את הודעות החדילה שהוגשו מטעמן.¹

3. על החלטה זו של בית הדין האזורי לעבודה הגישו קופות החולים בקשות רשות ערעור,² כל אחת מטעמה, לבית הדין הארצי לעבודה. לאחר שניתנה רשות הערעור, היועץ המשפטי לממשלה התייצב להליך והגיש עמדה מטעמו.³

4. פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה שניתן ביום 26.6.2018 והכריע בערעורים שהגישו קופות החולים, עומד ביסודה של העתירה המונחת עתה לפתחו של בית משפט נכבד זה.

5. דעת הרוב בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה שנכתבה על ידי הנשיא (בדימוס) כבוד השופט פליטמן (אליו הצטרפו כבוד השופט פוליאק ונציגת הציבור בוכריס), מכריעה בשלוש סוגיות.

הסוגיה הראשונה עניינה בקביעה כי קופת החולים היא גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין בכל הנוגע לפעילותה בגביית תשלומי השתתפות עצמית במסגרת שירותי סל הבריאות, ומשום כך עונה על הגדרת 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות.

מסקנה זו ביסס בית הדין הארצי על "בחינת מאפייני קופות החולים, תכלית חוק תובענות ייצוגיות והפסיקה בערכאות השונות,"⁴ כך בלשונו. בית הדין הארצי הנכבד יצא מנקודת מוצא פרשנית, כי אין זיקה הכרחית בין הגדרת 'רשות' בחוק תובענות ייצוגיות לבין הגדרת 'רשות' בחוק יסוד: השפיטה או בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: **"חוק בתי**

¹ בית הדין האזורי הוסיף וקבע, כי משהכריע כי קופות החולים אינן 'רשות' מתייתר הצורך לדון בשאלה האם תשלומי ההשתתפות העצמית ששילמו המבוטחים לקופת החולים הם בבחינת "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" לעניין פרט 11 לתוספת השניה.

² ע"ע 20139-09-15 **מכבי שירותי בריאות נ' קוצ'ינסקי ואח'** אשר הוגש ביום 15.10.2015, ע"ע 42179-09-15 **שירותי בריאות כללית נ' קוצ'ינסקי ואח'** אשר הוגש ביום 15.10.2015, ע"ע 31923-09-15 **קופת חולים מאוחדת ואח' נ' קוצ'ינסקי ואח'** אשר הוגש ביום 17.09.2015, ע"ע 26813-09-15 **קופת חולים לאומית נ' קוצ'ינסקי ואח'** אשר הוגש ביום 15.10.2015.

³ עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוגשה לבית הדין הארצי צורפה לעתירה כנספח 22.

⁴ ראו סעיף 1 לפסק דינו של כבוד הנשיא (בדימוס) פליטמן.

משפט מנהליים)⁵ וכי יש לפרש את המונח 'רשות' בהתאם לתכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות – ואלו תומכות, כך לעמדתו, בהגדרת קופות החולים כרשות.

ייאמר כבר עתה, כי בסוגיה זו, **דעת המיעוט** מפי סגן הנשיאה (כתוארו היום) כבוד השופט איטח מצאה, כי קיימת זיקה הכרחית בנסיבות העניין בין פרשנות המונח 'רשות' בחוק יסוד: השפיטה ובחוק בתי משפט מנהליים לבין פרשנות המונח 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות. על יסוד כך, ובשים לב לפסיקתו של בית המשפט העליון בנוגע למעמדן של קופות החולים ולנוכח מאפייניהן של קופות החולים, הגיע סגן הנשיאה, השופט איטח, לכלל מסקנה כי קופות החולים אינן בבחינת גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין, ומשכך אין להכיר בהן כ'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות.

הסוגיה השנייה בה הכריע בית הדין הארצי הנכבד, עניינה בקביעה כי תשלומי ההשתתפות שגובות הקופות בגין שירותי בריאות הנכללים בסל הבריאות הם בגדר תשלום חובה לעניין פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

הסוגיה השלישית שהוכרעה בפסק הדין מושא העתירה שלפנינו עניינה בקביעה, כי הסמכות העניינית לדון בתובענה ייצוגית נגד קופת חולים במעמדה כרשות, בכל הנוגע לגביית תשלומי ההשתתפות במסגרת שירותי סל הבריאות היא של בית הדין האזורי לעבודה⁵ ולא של בית משפט לעניינים מנהליים.

6. בעתירה שלפנינו שוטחים העותרים את טענותיהם אשר לטעויות המשפטיות המהותיות שלדידם נפלו בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, שהצדק דורש את תיקון, ומטעמים טענותיהם אשר לחשיבות הציבורית הכללית שיש להכרעתו של בית הדין הארצי הנכבד על מוסד התובענות הייצוגיות. בכלל זאת טוענים העותרים, כי טעה בית הדין הארצי עת קבע כי קופות החולים הן 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות. טענה זו מבססים העותרים על ניתוח תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות; על ההלכה הפסוקה אשר לשיטתם קבעה כי קופות החולים אינן בגדר 'רשות'; על מאפייניהן של קופות החולים ועוד. לעניין סיווג תשלומי ההשתתפות, טוענים העותרים כי לא מדובר ב"מס, אגרה, או תשלום חובה אחר" וכי על כן היה צריך לברר את תובענת העותרים לפי פרט 1 לתוספת השנייה המאפשר הגשת תובענה ייצוגית נגד עוסק.

7. היועץ המשפטי לממשלה יקדים אחרית לראשית ויציין, כי לאחר שקלא וטריא של מכלול הטיעונים והשיקולים הצריכים לעניין, לכאן ולכאן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שהפרשנות הנכונה של הוראות הדין הרלוונטיות, אשר נמצא לה גם תימוכין בהלכה הפסוקה, היא כי קופות החולים, המהוות לכל הדעות גוף דו מהותי מן המעלה הראשונה, אינן עונות על הגדרת 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות.

זאת ועוד; היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי תשלומי ההשתתפות העצמית שגובות קופות החולים בגין שירותי הסל שהן מעניקות למבוטחיהן אינם בבחינת "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" לעניין פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, אלא הן במהותן מחיר. לא למותר לציין, כי הצורך להכריע בשאלה זו מתייתר ככל שייקבע כי קופות החולים אינן בבחינת 'רשות'.

⁵ יוער כבר עתה, כי בסוגיה זו הייתה תמימות דעים בין דעת הרוב לדעת המיעוט, במובן זה שסגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, קבע כי אם היה מוצא כי קופת החולים היא בבחינת רשות לעניין חוק תובענות ייצוגיות היה מצטרף למסקנה, כי הסמכות לדון בתובענה ייצוגית נגד קופות החולים בכובען כרשות נתונה לבית הדין לעבודה.

לעניין חוק תובענות ייצוגיות. ואולם, למען הסדר הטוב יבאר היועץ המשפטי לממשלה להלן את עמדתו גם בשאלה זו, דבר דבור על אופניו.

ברי גם, כי ככל שייקבע כי קופות החולים אינן בגדר רשות לעניין חוק תובענות ייצוגיות, הרי שגם ההכרעה בסוגיה השלישית דלעיל של בית הדין הארצי הנכבד – הסמכות העניינית – מתייתרת. ואולם, גם בנקודה זו, למען הסדר הטוב, תבואר עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה אם היה נקבע כי קופת החולים היא רשות, נכון היה לקבוע כי תובענה ייצוגית תוגש לערכאה המנהלית.

על יסוד מכלול הדברים האמורים וכפי שיפורט להלן, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי החלטת בית הדין האזורי, כמו גם עמדת המיעוט של סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, בפסק דינו של בית הדין הארצי הנכבד, אשר הגיעו לכלל מסקנה כי קופות החולים אינן בגדר רשות לעניין חוק תובענות ייצוגיות, בדין יסודן.

8. להשלמת התמונה, נציין כי הגורמים המקצועיים במדינה בוחנים את האפשרות לקדם תיקון חקיקה אשר יעניק הגנות מתאימות לקופות החולים מחמת אופיין המיוחד.

9. להווי ידוע כי בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ אינו יושב כערכאת ערעור על פסקי דין של בית הדין הארצי לעבודה, והתערבותו מוגבלת למקרים בהם נפלה טעות משפטית מהותית שהצדק דורש את תיקונה. בתוך כך, נותן בית המשפט דעתו למשקלה הסגולי של הסוגיה הנדונה, לחשיבותה הציבורית הכללית ולהשלכותיה האפשריות. עוד נקבע, כי כאשר מדובר בנושא המצוי בלבם של דיני העבודה וככזה משתייך לתחום מומחיותו המיוחדת, על בית המשפט לנהוג בריסון טרם יתערב בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה.⁶

10. אין חולק, כי בית הדין לעבודה הוא הערכאה אשר בידיה הופקדה הסמכות הייחודית לדון, בין היתר, בתביעות שבין מבוטח לבין קופות החולים.⁷ כך גם אין חולק כי בית הדין לעבודה מוסמך לדון בתובענות ייצוגיות המתגדרות באותן העילות המנויות בחוק תובענות ייצוגיות ככאלו המצויות בתחום סמכותו.

ואולם, דומה כי הסוגיות שהוכרעו על ידי בית הדין הארצי לעבודה בהליך זה, ובהן ההכרעה כי קופת החולים היא 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות וכי תשלומי השתתפות עצמית שהיא גובה ממבוטחיה בגין שירותי סל הבריאות הם בבחינת תשלום חובה, אינן מתגדרות דווקא בליבת מומחיותו של בית הדין לעבודה, אלא יש להן אחיזה איתנה ומשמעותית במרחביו של המשפט המנהלי, מזה, ונגיעה ממשית ומהותית לתחום הפיסקאלי, מזה.

על רקע זה, היועץ המשפטי לממשלה מצא, כי לנוכח חשיבותה הציבורית של ההכרעה בסוגיות אלה, והשלכותיה על מרחבי השדה המשפטי בתחומי המשפט המנהלי והפיסקאלי, ראוי ונכון הוא כי בית משפט נכבד זה יידרש לעתירה ויעמיד הלכה על מכונה.

11. כזו תהא דרך הילוכו של טיעונו של היועץ המשפטי לממשלה, בראשית יציג בקצרה את התשתית העובדתית הצריכה לעניינו, ובכלל זאת יבאר בקליפת אגוז על אודות ההליכים שהתנהלו בבתי

⁶ ראו: בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673 (1986); בג"ץ 50/89 יודייקין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(1) 387, 394 (1990); בג"ץ 8111/14 פלפל נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 24.12.2014); בג"ץ 123/81 אלקטרה בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד לו(1) 421, 429 (1982).

⁷ ראו ס' 54(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994.

הדין לעבודה. בהמשך לכך, יעמיד את התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניינו, ועל יסודה יציג את פסק דינו של בית הדין הארצי הנכבד, לדעת הרוב, ולדעת המיעוט. אחר כל אלה, יציג היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו אשר לסוגיות המתוארות לעיל שהוכרעו על ידי בית הדין הארצי לעבודה.

תוכן עניינים

פרק א – התשתית העובדתית.....	6
פרק ב – התשתית הנורמטיבית.....	7
1.ב. חוק תובענות ייצוגיות	7
2.ב. שירותי ביטוח בריאות ממלכתי	9
פרק ג – החלטות בתי הדין לעבודה	13
1.ג. החלטת בית הדין האזורי	13
2.ג. פסק דינו של בית הדין הארצי	14
2.ג. (1) האם קופות החולים הן בגדר רשות לעניין סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות.....	14
2.ג. (2) סיווג תשלומי ההשתתפות	17
2.ג. (3) הסמכות העניינית לדון בתובענה ייצוגית המוגשת נגד קופת החולים	17
פרק ד – עמדת היועץ המשפטי לממשלה.....	18
1.ד. האם קופות החולים מהוות 'רשות' לצורך חוק תובענות ייצוגיות	18
1.ד. (א) קו המתאר הפרשני : על דברי החקיקה ותכליתם	18
1.ד. (ב) קו המתאר השני : בחינת מאפייני קופות החולים, במבט כולל, מזה, ובמבט ממוקד אשר בוחן את פעילות קופת החולים בגביית תשלומי השתתפות עצמית לפי תוכנית הגבייה, מזה	22
1.ד. (ג) התייחסות לפסיקה נוספת שזכתה לאזכור בהליכים	28
2.ד. תשלום ההשתתפות העצמית הוא מחיר ולא תשלום חובה.....	31
3.ד. הסמכות העניינית לדון בתובענה ייצוגית נגד קופת חולים מקום בו מתקבלת ההכרעה שהיא 'רשות'.....	41
כללו של דבר.....	44

פרק א – התשתית העובדתית

12. העותרים, אשר מבוטחים בקופות החולים השונות, קיבלו כחלק מסל שרותי הבריאות משאבה להזרקת אינסולין. השימוש השוטף במשאבה מחייב אספקה של רכיבים מתכלים שונים ובהם מיכל אינסולין, סט עירוי, מחטים, צינוריות וסוללות (להלן: "**הציוד המתכלה**"). בעבור אספקתו של ציוד מתכלה זה נדרשו העותרים לשלם תשלום השתתפות עצמית בשיעורים משתנים בהתאם לכל רכיב (להלן: "**תשלומי השתתפות עצמית**").
13. ביום 15.6.2011 פרסם הסמנכ"ל לפיקוח ובקרה על קופות חולים ושירותי בריאות נוספים במשרד הבריאות, חוזר שעניינו "ציוד מתכלה", ובמסגרתו הורה לקופות החולים לחדול מגביית תשלומי השתתפות עצמית בגין הציוד המתכלה ולספק את המשאבה, לרבות רכיביה המתכלים, ללא עלות. זאת, לנוכח העובדה כי גביית השתתפות עצמית כאמור נעשתה, שלא בהתאם לתכנית הגבייה, ולא בהתאם לתוספת השניה לחוק.
14. בעקבות החוזר, חדלו הקופות מגביית תשלומי ההשתתפות בגין הרכיבים המתכלים.
15. ביום 21.6.2011 הוגשה תובענה ובקשה לאישור ניהולה כייצוגית (להלן: "**תובענה ייצוגית**"), להשבת תשלומי ההשתתפות ששולמו בגין רכיבים אלה עובר להפסקת הגבייה בגינם.
16. ביום 15.1.2012, הגישו הקופות הודעות חדילה בהן נטען, כי הואיל ומדובר בתביעת השבה, בשים לב לכך שהקופות הן 'רשות' לפי החוק ומכיוון שהקופות חדלו מגביית תשלומי ההשתתפות עובר למועד הקובע כהגדרתו בסעיף 9(א) לחוק תובענות ייצוגיות, אין לאשר את התובענות הייצוגיות נגדן (להלן: "**הודעות החדילה**"). יצוין, כי לעמדה זו התלוו גם טענות לגופו של עניין, שכן לעמדתן העקרונית של הקופות הן פעלו כדין עת גבו את תשלומי ההשתתפות העצמית בגין ציוד מתכלה של משאבות אינסולין וכי חדילת הגבייה נעשתה משיקולים שונים הקשורים ליחסים של הקופות מול משרד הבריאות.
17. ביום 3.8.2015 ניתנה החלטתו של בית הדין האזורי לעבודה, במסגרתה דחה בית הדין האזורי את הודעות החדילה לאחר שהגיע לכלל מסקנה כי הקופות אינן באות בגדר הגדרת 'רשות' לצורך חוק תובענות ייצוגיות.
18. הקופות הגישו בקשות רשות ערעור על החלטה זו, והרשות לערער ניתנה להן. לבקשת בית הדין הארצי הנכבד, התייצב היועץ המשפטי לממשלה בהליך והגיש עמדה מטעמו.⁸
19. ביום 26.6.2018 ניתן פסק דינו של בית הדין הארצי, מושא העתירה שלפנינו, אודותיו יפרט היועץ המשפטי לממשלה מיד בהמשך להצגת התשתית הנורמטיבית.

⁸ ייאמר כי עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בשאלה האם קופות החולים הן רשות לעניין חוק תובענות ייצוגיות הוגשה קודם להליך דן בהליך ע"ע 394-01-12, ע"ע 48162-01-12, ע"ע 50487-01-12 **קופות חולים מאוחדת, כללית ומכבי נ' בניאן, רמתי, יסעור ואח'** (פורסם בנבו, ניתן ביום 10.3.2013). ואולם, בסופו של יום, פסק הדין של בית הדין הארצי לא הכריע בסוגיה זו לאור הסכמות אליהן הגיעו הצדדים באותו מקרה, בהמלצת בית הדין, ומבלי שהוכרע סיווג קופת החולים.

פרק ב – התשתית הנורמטיבית

20. על שלושה אדנים ניצבת התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניינו של הליך זה.
- האדן האחד, סב סביב חוק תובענות ייצוגיות. השני, סב סביב חוק בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: "חוק ביטוח בריאות"). השלישי, סב סביב משמעות המונחים תשלום חובה ומחיר בזיקה לפרט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות.
- בפרק זה יציג היועץ המשפטי לממשלה את שני האדנים הראשונים הצריכים לעניין הדיון בשאלה, האם קופת החולים באות בבחינת הגדרת 'רשות' לפי חוק תובענות ייצוגיות.
- על האדן השלישי יפרט ויבאר בפרק ד.2 להלן, שם נדון בשאלת סיווג תשלום ההשתתפות העצמית.

ב. 1 חוק תובענות ייצוגיות

21. כאמור לעיל קופת החולים הגישו הודעות חדילה בתגובה לתובענה הייצוגית שהגישו העותרים נגדן, וביקשו לחסות תחת הוראת סעיף 9 (ב) לחוק תובענות ייצוגיות הקובעת כדלקמן:

9. (א) הוגשה בקשה לאישור בתביעה כמפורט בפרט 11 בתוספת השניה (בחוק זה – תביעת השבה נגד רשות), לא ידון בה בית המשפט אלא לאחר שחלפה תקופה של 90 ימים מהמועד שבו הוגשה הבקשה לאישור ובית המשפט רשאי להאריך תקופה זו מטעמים שיירשמו (בסעיף זה – המועד הקובע).

(ב) בית המשפט לא יאשר תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, אם הרשות הודיעה כי תחדל מהגביה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור והוכח לבית המשפט כי היא חדלה מהגביה כאמור לכל המאוחר במועד הקובע.

(ג) החליט בית המשפט כאמור בסעיף קטן (ב), רשאי הוא –

(1) על אף הוראות סעיף 22, לפסוק גמול למבקש בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף 22(ב);

(2) לקבוע שכר טרחה לבא כוח המייצג בהתאם להוראות סעיף 23.

(ההדגשות אינן במקור)

22. אכן, יש בכוחה של הודעת חדילה להדוף תובענה ייצוגית באיבה. ואולם, כידוע ניתן להגיש הודעת חדילה אך בהתקיים שני תנאים מצטברים: האחד – שהנתבע עונה להגדרת 'רשות' בחוק תובענות ייצוגיות, והשני – שהתביעה שהוגשה נגדו בכובעו זה היא תביעה להשבת "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" שנגבה שלא כדין.⁹
23. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המסדיר את רשימת הנושאים בהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית קובע את הגדרת המונח 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות, וזה לשונו:

"(א) לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה

⁹ היועץ המשפטי לממשלה יזכיר את שנינו זה מכבר, כי תובענה נגד רשות כהגדרתה בחוק תובענות ייצוגיות ובכובעה ככזו ניתן להגיש רק לפי פרט 11 לתוספת השניה. לפירוט ראו ע"מ 1859/15 קפלן נ' משרד הבריאות, פסקה 2 לפסק דינו של כבוד השופט הנדל (פורסם בנבו, 9.8.2016); ע"מ 7373/10 לוי נ' מדינת ישראל צבא הגנה לישראל מדור תשלומים, פסקאות 2-3 לפסק דינה של כבוד המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 13.8.2012) (להלן: עניין לוי); ע"מ 2978/13 מי הגליל – תאגיד והביוט האזורי בע"מ נ' יונס, פסקה כה לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין (23.7.2015).

ייצוגית; על אף האמור, לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי; בסעיף קטן זה ובסעיפים 5(ב)(2), 9 ו-21, 'רשות' – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

(ההדגשות אינן במקור)

24. נצא ונלמד, כי המחוקק בחר לקשור את גורלה של הגדרת 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות בהגדרת 'רשות' לעניין חוק בתי משפט מנהליים, על דרך ההפניה. כידוע, משמעותה של הוראת הפניה כגון זו היא שההגדרה שאליה מפנה החוק "מיובאת" אליו כמות שהיא,¹⁰ על פרשנותה בהקשר זה יש להזכיר ולהשמיע את הוראת סעיף 25 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 המורה כך:

"פירושם של אזכורים

25. אזכור של חיקוק בחיקוק אחר - כוונתו לחיקוק המאוזכר כנוסחו בשעה שנזקקים לו, לרבות הוראות שנוספו בו והוראות שבאו במקומו בחיקוק אחר.

25. הנה כי כן, לשונו המפורשת והברורה של חוק תובענות ייצוגיות מורה כי הגדרתה של 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות תהא "כהגדרתה" של 'רשות' בחוק בתי משפט מנהליים. זוהי אפוא נקודת המוצא הפרשנית, אשר ראוי לה שתשמש את הפרשן שעה שנדרש הוא לפרש את המונח 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות – הא בהא תליא. עת נפנה לחוק בתי משפט מנהליים נמצא את הגדרת 'רשות' בזו הלשון:

"רשות' – רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין."

כאן המקום להזכיר כי בעניינו של ההליך דנן, ניצבת השאלה האם קופות החולים באות בגדרו של המונח "גופים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין", וככאלה עונות להגדרת 'רשות'.

26. להווי ידוע לכל בר בי רב, כי בתי המשפט המנהליים הוקמו "במטרה להסמיכם באופן הדרגתי לדון בעניינים מנהליים הנדונים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק."¹¹

כך נקבע, וכך הווה, ומתוך שכך, דעת לנבון נקל כי הגדרת 'רשות' לעניין חוק בתי משפט מנהליים קשורה בטבורה, קשר שלא ניתק, לסעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה אשר מסמיק את בית המשפט הגבוה לצדק "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין..."

מכאן גם מתחייב הקשר הברור בין תוכנו של המונח "גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין" לעניין סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, לבין תוכנו של אותו המונח בהגדרת 'רשות' לעניין חוק בתי משפט מנהליים.

¹⁰ ראו, למשל: ש"ז פלר "הוראת הפניה ו'הוראת קליטה'" הפרקליט כה 320 (1968); ע"א 580/82 אינשורנס קורפוריישן אוף אירלנד לימיטד נ' מדינת ישראל – משרד התקשורת, פ"ד מא(2) 309 (1987); ע"א 7553/14 רצון נ' מס הכנסה פקיד שומה (פורסם בנבו, 6.7.2015).

¹¹ סעיף 1 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים תש"ס-2000.

27. הנה כי כן, שלושה דברי חקיקה עומדים בטור, אוהזים זה בעקבו של זה, לעניין פרשנות המונח "גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". חוק יסוד: השפיטה ניצב מעצם מעמדו וטיבו בראש הטור, בעקבו אחוז בחוקה חוק בתי משפט מנהליים, ובעקבו של חוק בתי משפט מנהליים אחוז חוק תובענות ייצוגיות, לעניין הגדרתה של 'רשות'.

28. להשלמת התמונה יוסיף היועץ המשפטי לממשלה ויזכיר, כי הוראת סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות שצוטטה לעיל קובעת, כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית". הנה כי כן ככל שלא קיימת הוראת חוק מפורשת המאפשרת הגשת תובענה ייצוגית נגד מי שעונה להגדרת 'רשות', הרי שכל שיש למבקש לתבוע את הרשות הוא פרט 11 אשר קובע את העילה בגינה ניתן להגיש תובענה ייצוגית נגד רשות בכובעה ככזו, וזה לשונו:

"11. תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר."

ב. 2 שירותי ביטוח בריאות ממלכתי

29. סעיף 3 לחוק ביטוח בריאות קובע, כי כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה; כי המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות, כהגדרתו בחוק (להלן: "סל הבריאות"), וקופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי החוק.

"3. (א) כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.
(ב) המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בסעיף 13.
(ג) קופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה, ואולם לגבי מי שרשום בתאגיד ייעודי – יהיה התאגיד הייעודי אחראי כלפיו למתן שירותי רפואת השיניים הכלליים המנויים בתוספת השנייה.
(ד) שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו בישראל, לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח, והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופת החולים לפי סעיף 13.
(ה) שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית."

30. סעיף 24 לחוק ביטוח בריאות מאסדר את האפשרות של תאגיד לקבל הכרה משר הבריאות כקופת חולים. הכרה זו, היא תנאי לפעילותו של התאגיד כקופת חולים. הכרה בתאגיד כקופת חולים טעונה פרסום ברשומות.

31. סעיף 25 לחוק ביטוח בריאות קובע את התנאים בהם צריך לעמוד תאגיד כדי לקבל הכרה כקופת חולים, ואלה הם: (1) תאגיד שלא מאפשר חלוקת רווחים, משקיע את כל רווחיו לשם השגת מטרותיו ובעת פירוקו או חיסולו מעביר את יתרת נכסיו למטרה דומה; (2) לתאגיד יכולת כלכלית לספק שירותי בריאות לאורך זמן ברמה נאותה; (3) על התאגיד להגיע בתוך פרק זמן שיקבע שר הבריאות למספר מבוטחים שיקבע שר הבריאות; (4) התאגיד אינו בבעלות נותן שירותים.

32. סעיף 13 לחוק ביטוח בריאות קובע את מקורות המימון של סל שירותי הבריאות. בהתאם לסעיף 13(א)(5) לחוק ביטוח בריאות, ינוכה מעלות הסל סכום השווה לשיעור של 6.45% מעלות הסל לקופות ויושלם באמצעות תשלומי ההשתתפות העצמית כאמור. יובהר בהקשר זה, כי 6.45% מייצג סכום נורמטיבי שמופחת מעלות סל הבריאות. בצד זאת יצוין, כי מרבית עלות הסל מועברת לקופות החולים לפי נוסחת הקפיטציה המשקללת את מספר המבוטחים, גיל, מגדר ואזור מגורים (פריפריה / מרכז).

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 משלימה להן את ההפרש.

33. סעיף 7 לחוק בריאות קובע, כי סל הבריאות מורכב, בין היתר, מהפירוט שבסעיף 7א וכן מהאמור בתוספת השנייה והשלישית לחוק ביטוח בריאות.

34. קופות החולים אחראיות לספק את שירותי הבריאות הכלולים בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות, ובכך ימוקד המבט. בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות מפורטים השירותים הכלולים בסל הבריאות. בצד זאת, נקבעו בתוספת השנייה תשלומי ההשתתפות עצמית שניתן לגבות בגין חלק קטן משירותי בריאות הכלולים בתוספת.

35. במקורו, נקבע סל הבריאות, כמו גם התשלומים המותרים בגבייה, על בסיס צילום מצב קיים של השירותים שסיפקה, והתשלומים שגבתה, קופת החולים של ההסתדרות הכללית, ערב כניסת חוק ביטוח בריאות לתוקף. הדברים מצאו ביטויים בסעיף 7 לחוק ביטוח בריאות:

"בחוק זה -

(1) "סל שירותי הבריאות - הפירוט שבסעיף 7א ושבתוספות

השניה והשלישית של שירותי הבריאות שיינתנו למבוטח בכל תחום מהתחומים המנויים בסעיף 6 ובתוספת הראשונה בכפוף לאמור בסעיף 8;

(2) "סל השירותים הבסיסי"

(I) 1. שירותי הבריאות שנתנה קופת החולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל לחברה במועד הקובע לרבות תשלומים מיוחדים ששילם החבר, הכל כמפורט בתוספת השניה;

(II) 2. שירותי הבריאות שנתנה המדינה לפרט במועד הקובע, כמפורט בתוספת השלישית, והכל לפי התנאים והתשלומים שהיו נהוגים ערב תחילתו של חוק זה ושיפרסם שר הבריאות ברשומות;

(III) 3. בוטל.

(IV) 4. שירותי רפואה בעבודה כאמור בסעיף 7א;

(V) 5. רשימת התרופות והתשלומים עבורן שהיו נהוגים במועד הקובע בקופת החולים של ההסתדרות הכללית

של העובדים בארץ ישראל כפי שיפורט בצו לפי סעיף

8(ז).

ב. סל השירותים הבסיסי הוא סל שירותי הבריאות."

36. היועץ המשפטי לממשלה יזכיר, כי סעיף 70 לחוק ביטוח בריאות הגדיר תקופת ביניים במסגרתה התאפשר לכל קופת חולים להמשיך לגבות למשך שלוש השנים הראשונות שמיום תחילת החוק את תשלומי ההשתתפות העצמית שנהגו בה ערב החוק, בטרם תעבור ל"משטר" האחיד של תשלומי ההשתתפויות העצמיות שנקבע בחוק.

37. לקראת תום תקופת הביניים האמורה, ולנוכח פערים בין תשלומי ההשתתפות העצמית הקבועים בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות, לאלה שנהגו ביתר הקופות, כמו גם הרצון לאפשר לקופות החולים יתר גמישות ביחס להיקף המקורות שלרשותן, תוקן סעיף 8 לחוק ביטוח בריאות, באופן שאיפשר לקופות החולים להגיש הצעה לגביית תשלומים, השונים מן התוספת השנייה (להלן: "תכנית גבייה") וכן להוסיף שירותים שלא קבועים בסל הבריאות ולגבות בגינם תשלומי השתתפות עצמית.

38. על המטרות שעמדו ביסוד תיקון סעיף 8, כאמור לעיל, ניתן ללמוד מדברי ההסבר לתיקון:

"במסגרת הדיונים על תקציב המדינה לשנת 1998 החליטה הממשלה על שינויים בחוק ביטוח בריאות, שמטרתם להגדיל את הסמכויות, הגמישות והאחריות של קופות החולים במתן סל שירותי הבריאות על פי חוק"

"מוצע לתקן את סעיף 8 לחוק ולקבוע כי קופות החולים תהיינה רשאיות להציע כי סל השירותים והתשלומים שיחולו על חבריהן יהיה שונה מסל השירותים הקבוע בתוספת השנייה ובצו, ובלבד שהשינוי בסל השירותים והתשלומים, לעומת הסל הקיים עומד בעקרונות הקבועים בהצעה"¹²

בהתאם, נוסח סעיף 8 כדלקמן:

"א. שר הבריאות רשאי בצו, לערוך שינויים בסל שירותי הבריאות המפורט בתוספת השנייה והשלישית ובלבד שלא יעשה שינוי הגורע מן הסל או המוסיף לעלותו.

1.1. קופת חולים רשאית להציע:

א. הוספה לסל שירותי הבריאות שבתוספת השנייה ובצו לפי סעיף קטן (ז) (להלן - התוספת והצו);

ב. גריעה של הוספה שנוספה כאמור בפסקת משנה (א);

¹² דברי הסבר להצעת חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1997, ה"ח 2650, 38 (הצעה לתיקון עקיף מספר 8 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994).

**ג. תשלומים שיחולו על החברים בקופת חולים עבור הסל שבתוספת
ובצו, השונים מהתשלומים שבתוספת ובצו, וכן תשלומים עבור
שירותים שהוספו כאמור בפסקת משנה (א)."**

39. יושם אל לב, כי מנגנון זה שנקבע בסעיף 8 איפשר לקופת החולים הן לשנות את תשלומי ההשתתפות העצמית לגבי שירותים הכלולים בסל הבריאות, הן לגבות תשלומי השתתפות עצמית בגין שירותים הכלולים בסל הבריאות שלא נקבע לגביהם תשלום השתתפות עצמית, והן להוסיף שירותים על השירותים הקבועים בסל הבריאות ולגבות בגינם תשלומי השתתפות עצמית. אקט אחרון זה יוצר למעשה סל קופה (להלן: "סל קופה") שכולל שירותים נוספים על סל הבריאות.
40. בצד זאת, סעיף 8(א1)(2) לחוק ביטוח בריאות קובע שלושה תנאים בהם צריכה לעמוד תכנית הגבייה של קופת החולים: (1) אין בה כדי להביא לדחייה של חברים על רקע מצבם הכלכלי או הבריאותי; (2) התשלומים יהיו אחידים, בלתי מפלים וללא תלות בהכנסות החברים; (3) יקבעו ביחס לתשלומים הנחות ופטורים ביחס לקבוצות המוגדרות בחוק ביטוח בריאות.
41. סעיף 8(א2) לחוק ביטוח בריאות קובע, כי כל שינוי שקופת החולים מציעה על בסיס סעיף 8(א1) לחוק זה כפוף לאישור שר הבריאות וכי שינוי בסכום תשלומי ההשתתפות העצמית טעון גם אישור של ועדת הכספים של הכנסת.
42. **הלכה למעשה, בשנת 1998 הגישה כל אחת מהקופות, מטעמה ולפי שיקוליה, תכנית גבייה לאישורם של שר הבריאות ושל ועדת הכספים.**
- תכנית הגבייה שאושרה לכל קופה בפני עצמה אפשרה לקופה לגבות תשלומי השתתפות עצמית בהיקף רחב באופן משמעותי בהשוואה לתשלומי ההשתתפות העצמית שהוגדרו לכתחילה בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות.**
43. הנה כי כן, גביית תשלומי השתתפות עצמית בגין שירותי סל הבריאות וסל הקופה נעשית מכוח תכנית הגבייה שמגבשת קופת החולים, ומאושרת אצל שר הבריאות וועדת הכספים של הכנסת. זאת ועוד מאז אושרו תכניות הגבייה בשנת 1998, ולאורך השנים, מעת לעת, פונו הקופות בבקשות להחיל שינויים בתכנית הגבייה בין אם בדרך של הוספת שירותים תוך גביית תשלומים, ובין אם בדרך של שינוי תשלומי ההשתתפות העצמית בגין שירותים שכלולים בסל הבריאות.
44. היועץ המשפטי לממשלה יקדים ויאמר כבר עתה, כי כאשר הקופה הגישה את תכנית הגבייה עוד בשנת 1998, וכאשר היא שוקלת מעת לעת אם להוסיף שירות לסל הבריאות המוגדר בחוק ביטוח בריאות, ולגבות בגינו תשלום השתתפות עצמית, או לשנות את שיעור תשלום ההשתתפות העצמית בגין שירותי סל הקופה, היא חופשיה, בכפוף להוראות הדין שקובעות את כללי המעטפת בהם צריכה תכנית הגבייה לעמוד, כאמור לעיל, 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.

45. לשלמות התמונה, היועץ המשפטי לממשלה יזכיר, כי סעיף 8(א2)(1) לחוק ביטוח בריאות גודר את מתחם שיקול דעתו של השר בכל הנוגע לתכנית גבייה שמציעה קופה שיש עמה שינויים מן הקבוע בתוספת השנייה לחוק וזו לשונו:

8(א2) (1) שינוי כאמור בסעיף קטן (א1), טעון אישור שר הבריאות; שר הבריאות רשאי להתנגד לשינוי, אם יש בו כדי לפגוע בבריאות הציבור או אם הוא אינו עומד בעקרונות המפורטים בסעיף קטן (א1); כל החלטה על שינוי בתשלומי החברים בקופת חולים, לפי סעיף קטן (א1), טעונה גם אישור של ועדת הכספים של הכנסת. נקבעה במסגרת שינוי כאמור תקרה לתשלום בעבור תרופות לחולים כרוניים, תחול התקרה גם על הציוד המתכלה שהחולה הכרוני נזקק לו."

הנה כי כן, בעוד הקופה חופשיה לשקול גם את שיקוליה העסקיים מסחריים כשהיא מגישה תכנית גבייה לאישור, בין אם בדרך של שינוי בתעריפים הקיימים בתוספת השנייה, ובין אם בדרך של הוספת שירותים לסל שהיא מספקת לחבריה, הרשות השלטונית המפקחת – שר הבריאות – מחויבת לשקול שיקולים שלטוניים, ובכלל זאת לבחון האם תכנית הגבייה עומדת בכללים שנקבעו בחוק, עת הוא נדרש לתת את אישורו לאמור.

46. התכנית צריכה כאמור לעמוד בתנאים המנויים בסעיף 8(א1) לחוק ביטוח בריאות וכן לקבל את אישורם של שר הבריאות ושל ועדת הכספים, לפי העניין וכקבוע בחוק.

47. כאמור, התשלומים העומדים בבסיס הבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית שהוגשה לבית הדין האזורי לעבודה הינם תשלומי השתתפות עצמית שנגבו בגין מוצרים מתכלים הנלווים למשאבת האינסולין, ואשר הינם חלק משירותי סל הבריאות, כהגדרתו בחוק ביטוח בריאות.

פרק ג' – החלטות בתי הדין לעבודה

1.ג – החלטת בית הדין האזורי

48. בשלב הראשון לניתוחו, פנה בית הדין האזורי לסקירת הרקע לחקיקת סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות ומצא, כי יש בו כדי לבסס אימוצה של פרשנות מצמצמת באשר לזהות הגופים הנכללים בהגדרת המונח 'רשות'. בהמשך, פנה בית הדין לניתוח הפסיקה אשר התייחסה למעמדן של הקופות כגוף הממלא תפקיד ציבורי על-פי דין, כלשונם של סעיף 15(ד2) לחוק יסוד: השפיטה ושל סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

49. בית הדין האזורי אימץ את הנימוקים שביסוד בג"ץ 6658/02 ניל"י נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 29.1.2003), אשר מצא, כי הקופות אינן מהוות גוף הממלא תפקיד ציבורי לעניינים של חוק יסוד: השפיטה ושל סמכות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. בית

הדין האזורי הוסיף וסקר את הפסיקה העקבית אשר במרוצת השנים מצאה, כי הקופות אינן גוף הממלא תפקיד ציבורי על-פי דין, על אף אופיין הציבורי. כך, ציטט בית הדין מע"א 8825/03 **שירותי בריאות כללית נ' משרד הביטחון** (פורסם בנבו, 11.4.2007), אשר מנה היבטים ציבוריים שונים של הקופות אך מצא, כי אין באלה כדי להמעיט מהעובדה כי הן מלכתחילה יצירות של המשפט הפרטי.

שלישית, קבע בית הדין, כי הגם שמדובר בגופים דו-מהותיים, אין בכך כדי לגרוע מהעובדה שהתפקיד אותו הקופות ממלאות, אינו תפקיד ציבורי על-פי דין. גוף דו מהותי עשוי להיות גם כזה שלא הוקם על ידי החוק ואין לו סמכויות מכוח חוק.

בשולי פסק הדין ציין בית הדין, כי ייתכן שעומדת לקופות ההגנה המופיעה בסעיף 8(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, בתור גוף המספק שירות חיוני לציבור, נושא אשר ייבחן בהליך בעניין אישור ניהול התובענה כייצוגית. כמו כן, פטר עצמו בית הדין מלדון בשאלה אם הקופות הן "עוסק" בהתאם לפרט 1 לתוספת השנייה וכן בשאלת סיווג תשלומי ההשתתפות כ"מס, אגרה או תשלום חובה אחר".

2.ג – פסק דינו של בית הדין הארצי

50. היועץ המשפטי לממשלה יציג להלן את פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בשלוש הסוגיות שהוכרעו על ידו, ובמקרים המתאימים יציג אף את דעת המיעוט.

2.ג (1) האם קופות החולים הן בגדר 'רשות' לעניין סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות:

51. בית הדין הארצי הנכבד קבע כי **"לקופות החולים מאפיינים מובהקים של גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין"**,¹³ כשהוא נסמך, בעיקרו של דבר, על אלה:

א. קופות החולים מספקות שירות בריאות, שירות שהינו ציבורי, חיוני, ועושות זאת ברמה לאומית, לכלל האוכלוסייה, מכוח חוק ביטוח בריאות ותקנות שהותקנו מכוחו, ובכך "משמשות זרועה הארוכה של המדינה במילוי תפקידה השלטוני בתחום הבריאות". זאת ועוד; אף שהקופות הוקמו מכוח המשפט הפרטי כאגודות עותומניות, בהמשך הן הוכרו כ"קופות חולים" מכוח החוק. הכרה זו אינה הצהרתית גרידא, אלא היא בעלת נפקות של ממש, שעיקרה בכך שפעילות קופת החולים המתבצעת במסגרת של שירותי הבריאות נבחנת "בפריזמה של כללי המשפט הציבורי ולא בפריזמה של המשפט הפרטי".¹⁴

ב. בית הדין הארצי נתן דעתו למקורות המימון הציבוריים של הקופות, ולתנאי ההכרה המחייבים כי תאגיד המבקש הכרה כקופת חולים יהיה מוסד ללא כוונת רווח, ועל יסוד אלה קבע כי **"אופי פעילות זה והמימון הציבורי מחזקים את המאפיינים הציבוריים של קופות החולים"**

¹³ ע"ע (ארצי) **מכבי שירותי בריאות נ' קוצ'ינסקי**, פסקה 1 לפסק דינו של כבוד השופט פליטמן (פורסם בנבו, 26.6.2018) (להלן: **"פסק הדין הארצי"**).

¹⁴ שם, פס' 2 לפסק דינו של כבוד השופט פליטמן; ראו גם חוק הבריאות ותקנות ביטוח בריאות ממלכתי (הכרה בקופת חולים), התשנ"ו-1995.

ומחלישים את המאפיינים העסקיים-מסחריים-פרטיים שלהן. והדברים נכונים ביתר שאת בכל הנוגע לשירותים הניתנים במסגרת סל הבריאות.¹⁵

ג. בית הדין הארצי מתייחס לכך שקופות החולים כפופות לפיקוח, ביקורות, בקרה ורגולציה כבדה והדוקה, תחת סדרה רחבה של חוקים ותקנות. כך, בצד החובה המוטלת על כל תושב המדינה שמלאו לו 18 להירשם כחבר בקופת חולים לפי בחירתו, קופות החולים מחויבות, על פי דין, לקבל לשורותיהן כל תושב, ולהעניק לו, על פי דין, את 'מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי' לפי חוק ביטוח הבריאות.¹⁶

ד. קופות החולים הן "רשות ציבורית" לפי חוק חופש המידע, הן נמנות כגוף ציבורי בתוספת לחוק הגנה על עובדים, הן "גוף נתמך" כמשמעותו בסעיף 32 לחוק יסודות התקציב, והן מחויבות בעריכת מכרזים פומביים.¹⁷

52. בית הדין הארצי הוסיף וקבע, כי "בפסקי דין רבים שיצאו הן תחת ידיו של בית המשפט העליון והן תחת ידיו של בית דין זה, נקבע בצורה ברורה כי קופות החולים ממלאות תפקיד ציבורי מהמעלה הראשונה, וזאת מכוח חוק הבריאות, כלומר, 'על פי דין'".¹⁸ היועץ המשפטי לממשלה יתייחס בהמשך העמדה בהרחבה לפסיקה המובאת בהקשר זה ויבקש לבאר מדוע לטעמנו אין בה כדי לתמוך במסקנה כי קופת חולים עונה להגדרה של גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין לעניינו.

53. בית הדין הארצי הוסיף וקבע כי "מתן פירוש אחיד למונח 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות ולעניין חוק בתי משפט מינהליים וחוק יסוד: השפיטה, לא זו בלבד שאינו מחויב, אלא שהוא עומד בניגוד לתכלית חוק תובענות ייצוגיות, ועל כן יש להעדיף פירוש של המונח 'רשות' על פי הקשרו ועל פי התכלית הרלוונטית".¹⁹

בבחינתו את קופות החולים, ותוך הדגשת אופיו הציבורי של המימון של קופות החולים, סבר כבוד הנשיא (בדימוס) פליטמן כי בקופות החולים מתקיימים "השיקולים הרלוונטיים להגנת התקציב, באותה המידה שהם מתקיימים במדינה וברשויותיה, ומכאן כי אף בהיבט זה יש לראות את קופות החולים כ'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות".²⁰

54. כך, בית הדין הארצי הגיע לכלל מסקנה כי "שילוב התכליות של חוק תובענות ייצוגיות, של מאפייני קופות החולים ושל עילת התביעה המבוססת על הפרה לכאורית של איזו מהוראות חוק הבריאות, מחייב את המסקנה שיש לראות את קופות החולים כ'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות, בהקשר של גביית דמי ההשתתפות".²¹

דעת המיעוט מפי סגן הנשיאה כבוד השופט איטח

55. סגן הנשיאה (כתוארו היום) השופט איטח, יצא מנקודת מוצא לפיה "העמדה הרואה בקופות החולים גופים מיוחדים בעלי סממנים ציבוריים מובהקים עולה משורה של פסקי דין בערכאות

¹⁵ פסק הדין הארצי, לעיל ה"ש 13, פסקה 3 לפסק דינו של כבוד השופט פליטמן.

¹⁶ שם, פסקאות 4-5.

¹⁷ שם, פס' 5.

¹⁸ שם, פס' 6.

¹⁹ שם, פס' 12.

²⁰ שם, פס' 18.

²¹ שם, פסקה 18.

השיפוטיות השונות ולמעשה אין מחלוקת בין הצדדים לפנינו כי קופות החולים מהוות גופים מעין ציבוריים וכי חלים עליהם, בהקשרים ובהיקפים מסוימים כללי המשפט הציבורי". אלא מאי, לדידו של סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, אין בכך כדי ללמד כי "הן ממלאות את תפקידן הציבורי 'על פי דין' דווקא וכי הן מהוות לפיכך 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות".²²

ואלו אבני הדרך שהובילו את סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, לקבוע כי מבחינה מוסדית ומתוך ראייה כוללת "ומשיקולי מדיניות שיפוטית ומשפטית",²³ קופות החולים אינן 'רשות', לרבות לעניין חוק תובענות ייצוגיות.

א. נקודת המוצא הפרשנית שלאורה קורמת עור וגידים עמדתו של סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, רואה את הזיקה שיצר המחוקק עת קבע את הגדרת 'רשות' בחוק תובענות ייצוגיות על דרך ההפניה להגדרה של 'רשות' בחוק בתי משפט מנהליים. בהקשר זה קבע סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, ולטעמו של היועץ המשפטי לממשלה בצדק, כי ההפניה משמעה קליטת החיקוק בחוק המקורי לרבות שינויים שיחולו עליו במרוצת הזמן, כפי שאף קובע סעיף 25 לחוק הפרשנות. על כך הוסיף וקבע סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, כי: אף תכלית חוק תובענות ייצוגיות מתיישבת עם פרשנות מצמצמת²⁴ למונח 'רשות' באופן שלא ייכנסו לגדרו גופים שאינם מהווים באופן מובהק וחד-משמעי גופים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין כמשמעם בחוק בתי משפט מנהליים; כך גם ההיסטוריה החקיקתית מובילה למסקנה שאין להרחיב את המונח 'רשות' בחוק תובענות ייצוגיות על דרך של פרשנות תכליתית מעבר להגדרת מונח זה בחוק בתי משפט מנהליים;²⁵ ונוסף על כל אלה, ניתן לתת ביטוי לאופיין המיוחד של קופות החולים שעיקר תקציבן מבוסס על כספי הציבור, ולהשיג את תכליותיו של סעיף 9 במסגרת הוראות סעיפים 8(א), 8(ב) ו-20(ד) לחוק תובענות ייצוגיות.

ב. לקופות החולים "גנטיקה של גופים מהמשפט הפרטי".²⁶ הקמתן הייתה מכוח המשפט הפרטי כאגודות עותומניות ותחומי פעילות לא מעטים שלהן הם בעלי מאפיינים פרטיים יותר מאשר ציבוריים. מעמדן המעין-ציבורי לא יכול לטשטש או לבטל מאפיינים אלה.

ג. **קופות החולים הינן גורם מבצע, ולא גורם מואצל:** הרשות השלטונית היא שר הבריאות, "אשר מכוח הוראות חוק הבריאות רשאי להכיר בגוף מסוים כקופת חולים ובכך לאפשר לו לפעול בתחום הבריאות. בכך לא הופכות קופות החולים עצמן לרשות שלטונית".²⁷

ד. קופות החולים נעדרות את סממן הבלעדיות, הן אינן מהוות מונופול אלא מתחרות זו בזו, והמבוטחים יכולים לעבור מקופה לקופה בהתאם לשיקוליהם. בהקשר זה לא מתעלם סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, מכך שאפשר לטעון שגם רשות מקומית אינה נהנית מבלעדיות שכן יש רשויות מקומיות רבות, אלא שהרשויות המקומיות נמצאות בהגדרת 'רשות' באופן מפורש, כך לשיטתו.²⁸

²² שם, פסקה 60.

²³ שם, פסקה 78.

²⁴ ייאמר בהקשר זה כי היועץ המשפטי לממשלה סבור כי הפרשנות הלשונית והתכליתית מצדיקות את הקביעה כי קופת החולים איננה בבחינת גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין, מבלי שיש הכרח לקבוע כי יש לנהוג בפרשנות מצמצמת.

²⁵ פסקה 78(ב) לפסק דינו של כבוד השופט איטח.

²⁶ שם, פסקה 78(א).

²⁷ שם, פסקה 78(ב).

²⁸ שם, פסקה 78(ג).

ה. על אף המאפיינים הייחודיים של קופות החולים, בסופו של יום, השירות אותו הן מספקות לתושב הינו במהותו שירות מסחרי, אף שהיקפו קבוע בחלקו הגדול בחוק. גביית תשלומי ההשתתפות, לעמדתו של סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, היא פעולה "שעל פי האבחנות המקובלות בפסיקה מבוצעת בגדרי סמכותן הפרטית של קופות החולים בדומה לאופן שכל גוף מבטח גובה השתתפות עצמית כחלק מ"עסקת הביטוח".²⁹

56. גם סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, תמך את קביעותיו בפסיקה ענפה.

ג. 2 (2) סיווג תשלומי ההשתתפות :

57. בשולי פסק הדין, ומבלי להטעים טעמיו, מוסיף וקובע בית הדין הנכבד כי "ואת דמי ההשתתפות הנגבים על ידי הקופות מכוח הסמכה בחוק הבריאות יש לראות כ"תשלום חובה אחר" על פי פרט 11".³⁰

ג. 2 (3) הסמכות העניינית לדון בתובענה ייצוגית המוגשת נגד קופת החולים

58. בהמשך לקביעתו של בית הדין הארצי הנכבד כי קופת החולים הן בבחינת 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות, הוסיף הוא וקבע כי הסמכות לדון בתובענה ייצוגית נגד קופות חולים במעמדה כ'רשות' נתונה לבית הדין לעבודה.

59. זאת, לנוכח הוראת סעיף 54(ב) לחוק הבריאות לפיה הסמכות הייחודית לדון בתובענות נגד קופות החולים נתונה לבית הדין לעבודה,³¹ וחרף הוראת סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות לפיה "בקשה לאישור נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר, תוגש לבית משפט לעניינים מינהליים".³²

60. את קביעתו זו סומך בית הדין הארצי הנכבד על כך שלדיו יס לפרש את סעיף 5(ב)(2) באופן "שלא יוציא מגדר סמכותן העניינית של ערכאות ייחודיות עניינים הנתונים להם מלכתחילה כתביעת פרט". מסקנה זו מתחייבת לשיטתו לנוכח לשונו של סעיף 54(ב) המסמיך את בית הדין לעבודה לדון בכל תובענה(למעט תביעת נזיקין, שבין מי שטוען שהוא מבוטח לבין שר הבריאות, קופת החולים וכו').

61. מתוך שכך, הסיק בית הדין הארצי הנכבד, כי כוונת המחוקק הייתה לרכז את כל התובענות בין הצדדים המפורטים בסעיף, ללא קשר לסוג התובענה, בבית הדין לעבודה.³³

²⁹ שם, פסקה 78 (ד).

³⁰ שם, פסקה 19 לפסק דינו של כבוד השופט פליטמן.

³¹ סעיף 54(ב) לחוק הבריאות קובע במפורש את סמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה "לדון בכל תובענה למעט תביעת נזיקין, שבין מבוטח או מי שהוא טוען שהוא מבוטח לבין שר הבריאות, המנהל, המוסד, קופת חולים, נותן שירותים לפי חוק זה, או הועדה שהוקמה לפי סעיף 3א, או שבין המוסד לבין קופת חולים או לבין מי שחייב בתשלום דמי ביטוח בריאות". סעיף זה קובע תנאי של זהות הצדדים כמפורט בסעיף ותנאי נוסף של "למעט תביעת נזיקין". פרט לכך הסעיף הוא גורף – "לדון בכל תובענה".

³² פסק הדין הארצי, לעיל ה"ש 13, פסקה 21 לפסק דינו של כבוד השופט פליטמן.

³³ שם, פסקה 22.

62. יצוין, כי סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, אף שלדידו קופות החולים אינן 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות, הצטרף לדעת הרוב וקבע שגם לדידו את הוראת סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות יש לפרש כמכוונת לתובענות המצויות מלכתחילה בסמכות עניינית של המערכת הכללית ולא לתובענות המצויות בתחום סמכותו העניינית של בית הדין לעבודה, לכתחילה.³⁴

פרק ד – עמדת היועץ המשפטי לממשלה

1.ד האם קופות החולים מהוות 'רשות' לצורך חוק תובענות ייצוגיות?

63. שני קווי מתאר ינחו וילוו את מסלולו של הטיעון שיניח היועץ המשפטי לממשלה לפני בית המשפט הנכבד. האחד, קו מתאר פרשני, במסגרתו ידון בנוסח החקיקה הרלוונטית ובמשמעויותיה, בראי הפסיקה. בצד זאת ישלים היועץ המשפטי לממשלה את המבט הפרשני תוך שייתן את הדעת לפרשנות התכליתית ונראה כי זו מתיישבת בנקל עם מסקנתו אשר למתחייב מלשון החוק.

קו המתאר השני, ישרטט את נקודות המבט השונות לבחינת קופות החולים, במבט כולל, מזה, ובמבט ממוקד אשר יבחן את הפעילות אגב גביית תשלומי השתתפות עצמית לפי תכנית הגבייה, מזה.

בהמשך לכל אלה, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה במסגרת הפרק האחרון לפסיקה המגוונת אשר נדונה אגב ההליכים שהתנהלו ויבאר את עת עמדתו אודותיה.

1.ד (א) קו המתאר הפרשני – על דברי החקיקה ועל תכליתם

64. כפי שכבר נאמר בפרק התשתית הנורמטיבית לעיל, לשונו המפורשת והברורה של חוק תובענות ייצוגיות מורה אותנו כי הגדרתה של 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות תהא "כהגדרתה" של 'רשות' בחוק בתי משפט מנהליים.³⁵ זיקה ברורה והדוקה שאינה משתמעת לשני פנים.

65. בה בעת, הגדרת 'רשות' לעניין חוק בתי משפט מנהליים, קשורה בטבורה, קשר שלא ניתן, לסעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה, כפי שבואר.

66. מכאן מתחייב הקשר הברור בין תוכנו של המונח "גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין", לעניין סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, לבין תוכנו של אותו המונח בהגדרת 'רשות' לעניין חוק בתי משפט מנהליים, ומשם קצרה הדרך לצקת את אותו התוכן גם אשר לשאלה מי הוא גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין, לעניין חוק תובענות ייצוגיות.

67. עניין לנו, אם תרצו, בהרמוניה חקיקתית שלא נותרה בספרה של עקרון פרשני, אלא קנתה לה שביתה בחקיקה גופה.

³⁴ שם, פסקה 80 לפסק דינו של כבוד השופט איטח.

³⁵ ראו להשלמה האמור בסעיף 25 לחוק הפרשנות, אודותיו ביארנו בסעיף 24 לעיל.

68. מנקודת מוצא פרשנית זו, היועץ המשפטי לממשלה ייתן דעתו לפסיקה בדבר מעמדה של קופת חולים לעניין סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה מזה, ולעניין חוק בתי משפט מנהליים, מזה.

69. בעניין ניל"י, דן בית המשפט העליון בעניין סמכותו של בג"ץ לדון בעתירות נגד שירותי בריאות כללית. באותו מקרה, עתר רופא שעבד בקופה נגד הקופה ונגד ועדת בדיקה שמונתה לבדיקת נסיבות מקרה מותה של מטופלת שנותחה על ידי העותר.

באותה פרשה התייצב היועץ המשפטי לממשלה והציג עמדתו בין היתר גם בשאלה האם שירותי בריאות כללית ממלאת "תפקיד ציבורי על פי דין" כדרישת סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה והטעים כך:

"לשאלה הראשונה – לדעת היועץ המשפטי לממשלה, שירותי בריאות כללית אינה ממלאת תפקיד ציבורי על פי דין. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 לא הלאים את קופות החולים וגם לא העניק להן תפקידים שלטוניים. התפקידים השלטוניים במערכת הבריאות נותרו בידי רשויות המדינה, וחוק ביטוח בריאות ממלכתי אף חידד והדגיש את האבחנה בין נותני השירות (הקופות), לבין רשויות המדינה המופקדות על רגולציה ופיקוח על המערכת. חוק ביטוח בריאות ממלכתי לא הביא לכך שקופות החולים איבדו ממעמדם ומאופיין כתאגידים הפועלים ביסודם בתחום המשפט הפרטי. פעילות קופות החולים במסגרת שהתוותה בחוק אין בה כדי להפוך את הקופות ל'גוף הממלא תפקיד ציבורי על – פי דין', דוגמת משרדי הממשלה, הרשויות המקומיות ומוסדות מדינה אחרים. זאת, גם אם יש לראותן כגוף דו - מהותי לעניינים של המשפט המינהלי."

70. בהתאם, בית המשפט הגבוה לצדק אימץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה לעניין מעמדה של שירותי בריאות כללית וקבע:

"דין העתירה להידחות על-הסף, שכן טענות העותר לא הניחו את דעתנו כי קמה עילה להתערבותו של בית-משפט זה. המשיבות 1 – 2 אינן ממלאות תפקיד ציבורי על - פי דין, כמובנו בסעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה," (ההדגשה אינה במקור)

71. גזירה שווה, אף אם פחות מתחייבת, ניתן ללמוד מע"א 8825/03 שהוזכר לעיל, במסגרתו עלתה השאלה האם קופת חולים הינה גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי כל דין לצורך חוק הגנת הפרטיות:

"הנה כי כן, חרף העובדה שהמערכת היא גוף אשר מקורו במשפט הפרטי, נושאת פעילותה אופי ציבורי משמעותי ביותר... עם זאת, אין ניתן לראות במערכת, ובקופות החולים בכלל, גופים ציבוריים 'טהורים' לכל עניין ודבר; גופים ציבוריים 'טהורים', הם על דרך הכלל גופים שלטוניים יצירי החוק או המשתלשלים הימנו ישירות,

**קרי, הם בני 'המשפחה הסטטוטורית' כמו משרדי הממשלה,
מוסדות מדינה ורשויות מקומיות...**

72. לא למותר לציין, כי חוק ביטוח בריאות נחקק בשנת 1994. אם היה מעמדן של קופות החולים כגוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין לעניין סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, סביר לשער כי היינו נתקלים למצער מעת לעת בעתירות³⁶ לבית משפט נכבד זה אשר תוקפות היבטים כאלה ואחרים בהתנהלותה של הקופה, אף בהינתן כי הוקנתה סמכות ייחודית לבית הדין לעבודה לדון בין היתר בתביעה שבין מבוטח לבין הקופה, לפי סעיף 54(ב) לחוק ביטוח בריאות. זאת ועוד; הקופות לא הביאו מטעמן כל פסיקה שמלמדת על כך שבית המשפט הגבוה לצדק קבע שקופות החולים הן גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין, וככזה כפוף לשבט ביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק.

73. על יסוד הדברים האמורים, דומה כי ניתן לסכם ולומר, כי בהיבט הפרשני של דברי החקיקה על פי לשונם, קשריהם והקשרם, יש יסוד איתן לסברה כי קופות החולים לא הוכרו כגוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין לעניין חוק יסוד: השפיטה וחוק בתי משפט מנהליים, ומכאן שאין כאלה גם לעניין חוק תובענות ייצוגיות.

74. עוד יוסיף היועץ המשפטי לממשלה ויטעים, כי המסקנה אליה הגיע על בסיס לשונו של החוק, קשריו והקשריו, מתיישבת גם עם הפרשנות התכליתית של חוק תובענות ייצוגיות, הן בהיבט הסובייקטיבי והן בהיבט האובייקטיבי.³⁷

יפים לעניין זה הדברים שביארה דעת המיעוט בפסק הדין מושא העתירה שלפנינו, נביאם כלשונם:

75. אשר להיבט הסובייקטיבי של הפרשנות התכליתית:

"גם היסטוריה החקיקתית של חוק תובענות ייצוגיות מובילה למסקנה כי אין להרחיב את המונח 'רשות' שבחוק תובענות ייצוגיות אל מעבר להגדרת מונח זה בחוק בתי משפט לעניינים מנהליים. שכן, מלכתחילה לא היתה כוונה לאפשר תובענות ייצוגיות נגד רשויות המדינה אך לאחר 'דיונים סוערים' הוחלט לאפשר תובענות ייצוגיות כלפיהן אך תוך מתן הגנות מסוימות. משהמחוקק נקט דרך של החרגת 'רשויות המדינה', הרי שהדעת נותנת שאין ליתן להחרגה זו פרשנות מורחבת על דרך הפרשנות התכליתית המביאה להרחבת המונח 'רשות' אל מעבר לזו שאליו כיוון המחוקק."

ראו גם לעניין זה ע"מ 1859/15 קפלן נ' משרד הבריאות, פסקה 2 לפסק דינו של כבוד השופט הנדל (פורסם בנבו, 9.8.2016); עניין לוי, פסקאות 2-3 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור; והשוו גם לע"מ 9962/16 שחף טקס בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו, פסק-דינו של כבוד השופט מ' מזוז (פורסם בנבו, 4.10.2018).

76. אשר להיבט האובייקטיבי של הפרשנות התכליתית משמיע סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, כך:

³⁶ ראו תיק בג"ץ 6180/15 עמותת הורות משותפת נ' קופת חולים כללית (פורסם בנבו, 18.6.2013).
³⁷ אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ראשון, עמודים 117-119 (1992).

"חוק תובענות ייצוגיות נועד לשפר את 'ההגנה על זכויות', ובכך לקדם מטרות שונות ובכללן מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. בשים לב לתכלית זו, ולאור האמור בבג"ץ כהן, יש לפרש בצמצום את ההגנות הניתנות למדינה ולגופים ציבוריים אחרים במסגרת חוק תובענות ייצוגיות, על מנת לאפשר במקרים רבים ככל הניתן מתן סעד במסגרת חוק זה ובכך להרחיב את ההגנה על הזכויות. משכך, יש ליתן פירוש מצמצם למונח 'רשות' ולא להכניס לגדרו גופים שאינם מהווים באופן מובהק וחד משמעי 'גופים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין' כמשמעות בחוק בתי משפט מינהליים. שכן, לו רצה המחוקק לצמצם את ההגנה על הזכויות (על דרך הרחבת המונח 'רשות') היה עושה כן במפורש."

לשלמות התמונה מוסיף ומטעים סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, דברים נכוחים אשר לתכלית של סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות שמאפשר ל'רשות' ליתן הודעת חדילה ובכך להדוף תובענה ייצוגית:

"אני ער לתכליות העומדות ביסוד סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות ולאפשרות כי תכליות אלה רלוונטיות היטב גם בהקשר של קופות החולים, שעיקר תקציבן מבוסס על כספי הציבור. אלא שהקביעה כי קופות החולים אינן רשות לצורך חוק תובענות ייצוגיות, לא מובילה בהכרח לתוצאה כי תכליות סעיף 9 לחוק לא תוכלנה להתגשם. לטעמי, ניתן גם ניתן לתת ביטוי לאופיין המיוחד של קופות החולים כגוף שהמרחק שלו מ'רשות' הוא דק מן הדק, במסגרת הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט בבואו לאשר את התובענה הייצוגיות כנגדן."

77. **אכן, סעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, מאפשר לבית המשפט הדין בתובענה ייצוגית, להתחשב באותם רציונלים של סעיף 9 גם כאשר אלה מתקיימים בגוף המספק שירות חיוני לציבור, ולא רק כאשר מדובר ב'רשות':**

"הוגשה בקשה לאישור נגד גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח, ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13, רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית." (ההדגשה אינה במקור).

יבואר כי, קופות החולים עונות על הגדרת "גוף המספק שירות חיוני לציבור" כהגדרתו בסעיף זה.

78. בצד זאת, סעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע מספר תנאים מצטברים, אשר בית המשפט רשאי להתחשב בהם בבואו להחליט אם לאשר תובענה כייצוגית:

- א. הנתבע הוא גוף המספק שירות חיוני לציבור או גוף הנמנה באופן מפורש בסעיף;
- ב. עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה מניהולו של ההליך לחברי הקבוצה;
- ג. הנזק הצפוי להיגרם כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע;
- ד. לא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות.

79. כך, גם סעיף 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות עשוי להיות רלוונטי במקרה דנן. בשונה מסעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות המתייחס כאמור לנזק העלול להיגרם לנתבע מעצם ניהול הליך של תובענה ייצוגית, מתייחס סעיף 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות לנזק העלול להיגרם לנתבע בעת פסיקת פיצויים בהליך של תובענה ייצוגית.

סעיף 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע, כי:

"הכריע בית המשפט לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, בתובענה ייצוגית, כולה או חלקה, שהוגשה נגד נתבע שאינו מנוי בפסקה (1), רשאי הוא, בבואו להחליט בדבר שיעור הפיצויים ואופן תשלום הפיצויים, להתחשב גם בנזק העלול להיגרם, בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור."

80. בעניינן של הוראות אלו שנסקרו בחוק תובענות ייצוגיות קובעת דעת המיעוט בפסק הדין מושא העתירה דנן, ובצדק, בזו הלשון:

"סעיפים אלה מספקים, לטעמי, את האיזון ההולם בין האינטרסים השונים – מחד האינטרס של ציבור המבוטחים שנפגע, לכאורה, מהתנהלות הקופות, ומאידך האינטרס הציבורי ביציבותן הכלכלית של קופות החולים. לא מצאתי בטענות המערערים טעם המצדיק שימוש בהגנות המשמעותיות יותר הקבועות בחוק, המוקנות ל'רשות', על ידי הקופות."

ד.1. (ב) קו המתאר השני: בחינת מאפייני קופות החולים, במבט כולל, מזה, ובמבט ממוקד אשר בוחן את פעילות קופת החולים בגביית תשלומי השתתפות עצמית לפי תכנית הגבייה, מזה

קופות החולים במבט כולל – גוף דו מהותי

81. בהקשר זה יקדים היועץ המשפטי לממשלה ויבאר, כי אין לנו אלא להחרות ולהחזיק בטעמים שמנתה דעת המיעוט בפסק דינו של בית הדין הארצי, שהוצגו לעיל בסעיף 65, כתימוכין למסקנתה, כי מאפייני קופות החולים בכללותם מעידים על כך שקופות החולים אינן באות בגדר גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין, ובהם: הגנטיקה של קופות החולים שהינה של גופים

מהמשפט הפרטי; היותן של קופות החולים גורם מבצע ולא גורם מואצל; היעדרו של סממן הבלעדיות וקיומה של תחרות בין הקופות; אופי השירות המסופק, שלדעתו של כבוד השופט איטח הינו שירות מסחרי במהותו.

82. משכך, ועל מנת שלא לשוב על כל שנאמר, יבקש היועץ המשפטי לממשלה אך להוסיף ולהאיר את הדברים האמורים, תחת פרק זה.

83. ראוי להזכיר ולהיזכר, כי ערב חקיקת חוק ביטוח בריאות, סיפקו קופות החולים, שהינן אגודות עותומניות, שירותי בריאות למי שהיו חברים אצלן. הקופות נבדלו אלו מאלו בשירותי הבריאות שסיפקו והעיקר – 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.

84. אין חולק, כי חוק ביטוח בריאות חולל מהפכה בכל הנוגע לשירותי הבריאות במדינת ישראל, בכלל, ובשים לב למצב ששרר ערב חקיקתו כפי שביאר היועץ המשפטי לממשלה בפרק שהציג את התשתית הנורמטיבית, בפרט.

85. ואולם, להווי ידוע כי המהפכה שחולל חוק ביטוח בריאות לא מצאה ביטוי בכך שהמחוקק כונן תאגידים סטטוטוריים שיתנו שירותי בריאות, הגם שאפשר היה להבנות מערכת בריאות שתפעל בדרך זו.

86. כזכור, התוספת השניה לחוק ביטוח בריאות, בה מוגדרים שירותי הסל אותן אחראיות הקופות לספק למבוטחיהן, מבוססת על צילום מצב של שירותי הבריאות שנתנה קופת החולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל לחבריה, במועד הקובע לרבות תשלומים מיוחדים ששילם החבר בה. צא ולמד, כי המהפכה שחולל חוק ביטוח בריאות, לא מצאה את ביטוייה בכך שהמחוקק הטיל את התפקיד של אספקת שירותי בריאות לפי התוספת השניה לחוק ביטוח בריאות על המדינה, תוך שקבע כי היא רשאית לאצול מסמכותה לקופות חולים, בבחינת ביצוע באמצעות אחר, או "זרוע ארוכה".³⁸

87. המחוקק בחר להסדיר את אספקת שירותי הבריאות, באופן שהמדינה מממנת את עלות הסל מהמקורות המנויים בסעיף 13 לחוק ביטוח בריאות, והגורם השלטוני המוסמך, הוא שר הבריאות, להכיר בתאגיד כקופת חולים, והכרה זו היא תנאי לכך שהתאגיד יספק את שירותי הבריאות בכפוף להוראות הדין, תחת רגולציה מקיפה והדוקה במיוחד.

88. אין חולק, כי חוק ביטוח בריאות העמיק וביסס את מעמדן הדו מהותי של קופות החולים,³⁹ לנוכח חיוניותו של השירות על אספקתו הן אמונות, היקפו, והתקצוב הציבורי שניתן להן לצורך כך.

89. נהרות של דיו נשפכו בפסיקה⁴⁰ אודות היותן של קופות החולים גוף דו מהותי, ועל רקע זה ומכח זאת הוחלו עליהן חובות מן המשפט המנהלי, בהקשרים שונים.

³⁸ ראו להלן ציטוט סעיף 3 לחוק, השוו גם לת"מ (מחוזי ת"א) 127/09 שטרן נ' רשות האכיפה והגבייה (פורסם בנבו, 8.4.2010).

³⁹ הי"ש 42: בג"ץ 3933/11 מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 25.03.2014).

היועץ המשפטי לממשלה יטעים בהקשר זה, כי עצם הדיון הנרחב בדבר מעמדן הדו מהותי של קופות החולים מלמד על כך שהן לא באות תחת הגדרת 'רשות'. שהרי אם ברשות עסקין, בנקל היה חל המשפט המנהלי מעצם הגדרתן כרשות, ולא היה צורך להרבות דיבור על אופיין הדו מהותי, לצורך החלתו.

90. ואכן, חוק ביטוח בריאות לא הלאים את קופות החולים,⁴¹ וגם לא העניק להן תפקידים שלטוניים⁴². 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.

ראו לעניין זה את סעיף 3 לחוק אשר גודר זכאות, וקובע אחריות:

3. (א) **כל תושב** זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.

(ב) **המדינה** אחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בסעיף 13.

(ג) **קופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה**, ואולם לגבי מי שרשום בתאגיד ייעודי – יהיה התאגיד הייעודי אחראי כלפיו למתן שירותי רפואת השיניים הכלליים המנויים בתוספת השנייה.

(ההדגשות אינן במקור).

91. ודוק; ניתן להשקיף על חקיקת חוק ביטוח בריאות כעל "קנייה" של הסדר ביטוחי 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. ודוק; השירותים שעובר לחקיקת חוק ביטוח בריאות סיפקה המדינה עוגנו בתוספת השלישית לחוק ביטוח בריאות, והם אינם חלק משירותי הבריאות שבסל הבריאות שהקופות אחראיות על אספקתם.

92. בטיעוניהן לפני בתי הדין לעבודה, ביקשו קופות החולים להיאחזו ברגולציה הכבדה המוטלת על פעילותן, כבסיס לטענתן, כי יש לראות אותן כמי שמספקות שירותי בריאות כ"זרוע הארוכה" של הרשות, וככאלה כעונות על הגדרת גוף הממלא תפקיד **על פי דין**.

על כך נבקש להטעים ולומר, כי דווקא הרגולציה המקיפה וההדוקה אשר מעוגנת בחוק ביטוח בריאות וחלה על מי שקיבל הכרה כקופת חולים וככזה מספק שירותי בריאות לפי סל הבריאות,

⁴⁰ ראו למשל בג"ץ 3933/11 **מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות** (נבו, 25.3.2014); רע"א 4958/15 **שירותי בריאות כללית נ' אהרון** (נבו, 23.10.2017); ע"ע (ארצי) 1091/00- **אלעד שטרית נ' קופת חולים מאוחדת** פד"ע לה, 5 (2000); ע"א 8825/03 **שירותי בריאות כללית נ' משרד הביטחון** (פורסם בנבו, 11.4.2007).

⁴¹ דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** כרך ד' משפט מינהלי דיוני, עמוד 460, ה"ש 45 (2016).

⁴² כזכור, עד חקיקת חוק ביטוח בריאות, קופות החולים סיפקו שירותי בריאות, בהיקפים שונים, למי שבחר להיות מבוטח אצלן.

יש בה כדי ללמד כי קופת החולים היא במעמד של הגוף המפוקח על ידי הרשות, ולא הרשות עצמה.

שהרי, דרך כלל, הרשות היא אשר מחזיקה בסמכויות הרגולטוריות ובסמכויות הפיקוח והבקרה ומפעילה אותן על הגופים הפועלים תחת פיקוחה. כך, הבנקים כגופים אשר מתנהלים תחת פיקוח הדוק של בנק ישראל. כך, חברות הביטוח שפועלות תחת רגולציה של רשות שוק ההון ביטוח וחסכון. הנה כי כן, הרגולציה הקפדנית וההדוקה אשר מוחלת על קופות החולים מכוח הוראות הדין, אין בה כדי ללמד דווקא על כך שהגוף אשר פועל תחת רגולציה הדוקה ומקיפה הוא גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין.

93. על יסוד כלל האמור לעיל, ובכלל זאת הטעמים שהוצגו בעמדתו של סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי אין בסיס לעמדה הרואה את קופות החולים כגוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין.

94. בשולי הדברים, ורק לנוכח הטענות שמשמיעות קופות החולים בהקשר זה, כי "אין להן דבר משל עצמן",⁴³ נמצא היועץ המשפטי לממשלה נדרש לשם שלמות התמונה, להזכיר, כי לקופות החולים מקורות הכנסות, גם אם בשיעור קטן באופן משמעותי, מעבר להכנסות מהמדינה ומגביית תשלומי ההשתתפות העצמית עבור השירותים בסל הבריאות וסל הקופה.⁴⁴

מאפייני פעילות קופות החולים אגב גביית תשלומי ההשתתפות עצמית ממבוטחים בגין שירות רפואי לפי תכנית הגבייה המאושרת של הקופה.

95. במסגרת פרק זה יבקש היועץ המשפטי לממשלה למקד את המבט בפעילות קופת החולים בגביית תשלומי ההשתתפות עצמית לפי תכנית הגבייה. היועץ המשפטי לממשלה יקדים ויבאר, כי לטעמו גם בחינה ברזולוציה זו מובילה לכלל מסקנה כי קופות החולים אינן ממלאות תפקיד ציבורי על פי דין כשהן גובות תשלומי ההשתתפות לפי תכנית הגבייה שאושרה להן.

96. כפי שבואר בפרק שפירט בדבר התשתית הנורמטיבית המעוגנת בחוק ביטוח בריאות, סעיף 13(א)(5) לחוק ביטוח בריאות, קובע שינוכה מעלות הסל סכום נורמטיבי השווה לשיעור של 6.45% מעלות הסל לקופות ויושלם באמצעות תשלומי ההשתתפות העצמית אותם גובות קופות החולים בהתאם לסעיף 13(א)(6) לחוק ביטוח בריאות. גביית תשלומי ההשתתפות עצמית בגין

⁴³ ראו סעיף 47 לתגובה המקדמית של קופת חולים מכבי: "קופות החולים בדיוק כמו המדינה והרשויות המקומיות, פועלות ללא כוונת רווח ואין להן דבר משל עצמן."

⁴⁴ פירוט של הכנסות אלו ניתן לראות בדוחות הכספיים של קופות החולים אשר משרד הבריאות מפרסם לציבור באתר המרשתת שלו, וכן בדוח הציבורי שמוציא האגף לפיקוח על קופות החולים ושב"ן במשרד הבריאות מידי שנה המסכם את פעילות קופות החולים (המפורסם גם הוא באתר המשרד). ראה סעיף 6 (א) לדוח לשנת 2017. כך למשל, לקופות השונות הכנסות מפעילות חוץ סל (כמו בתי אבות ודיוור מוגן); תרומות; השכרת נכסים; וחברות מוחזקות. לעניין אחרון זה של חברות מוחזקות נסביר כי סעיף 29 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע את התנאים לפיהם יכולה קופת חולים להחזיק או לרכוש אמצעי שליטה בתאגיד אחר אשר פעילותו היא בתחום הבריאות. על בסיס הוראה זו מחזיקות קופות החולים כיום תאגידים וחברות עסקיות למטרות רווח. 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 המחזיקה בקבוצת "נ.א.ר.א מדיקל סנטר בע"מ" באמצעות חברת הבת "יאלון הרחבה (1983)"; כך, לאומית-המחזיקה בקבוצת טר"ם אחזקות בע"מ".

שירות שנכלל בסל הבריאות ובסל הקופה, נעשית, אם כן, על בסיס סעיפים אלו ומכוח תכנית הגבייה שמגבשת קופת החולים, ואשר מובאת לאישור שר הבריאות וועדת הכספים של הכנסת.

97. כזכור, סעיף 8 לחוק ביטוח בריאות אִפשר, לקופת החולים להגיש תכנית גבייה אשר במסגרתה ניתן היה לשנות הן את תשלומי ההשתתפות העצמית לגבי שירותים הכלולים בסל הבריאות, הן לגבות תשלומי השתתפות עצמית בגין שירותים הכלולים בסל הבריאות שלא נקבע לגביהם תשלום השתתפות עצמית, ואף להוסיף שירותים על השירותים הקבועים בסל הבריאות ולגבות בגינם תשלומי השתתפות עצמית.

98. בצד זאת, סעיף 8(א1)(2) לחוק ביטוח בריאות קובע שלושה תנאים בהם צריכה לעמוד תכנית הגבייה של קופת החולים: (1) אין בה כדי להביא לדחייה של חברים על רקע מצבם הכלכלי או הבריאותי; (2) התשלומים יהיו אחידים, בלתי מפלים וללא תלות בהכנסות החברים; (3) יקבעו ביחס לתשלומים הנחות ופטורים ביחס לקבוצות המוגדרות בחוק.

99. סעיף 8(א2) לחוק ביטוח בריאות קובע, כי כל שינוי שקופת החולים מציעה על בסיס סעיף 8(א1) לחוק ביטוח בריאות כפוף לאישור שר הבריאות, ושינוי בסכום תשלומי ההשתתפות העצמית טעון גם אישור של ועדת הכספים של הכנסת.

100. הלכה למעשה, כל אחת מהקופות הגישה בשנת 1998 תכנית גבייה לאישור שר הבריאות וועדת הכספים. תכנית הגבייה שאושרה, אִפשרה לקופה לגבות תשלומי השתתפות עצמית בהיקף רחב באופן משמעותי, בהשוואה לתשלומי ההשתתפות העצמית שהוגדרו לכתחילה בתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ביחס לחלק קטן יחסית משירותי הסל.⁴⁵ **נזכיר, למשל, כי גביית תשלומי השתתפות עצמית בגין תרופות⁴⁶ שבסל מבוססת על תכנית גבייה מאושרת, ואיננה מעוגנת בתוספת השנייה.**

101. כאמור לעיל, לאורך השנים מאז שאושרו תכניות הגבייה לראשונה בשנת 1998, פונות הקופות מעת לעת בבקשות להחיל שינויים בתכנית הגבייה בין אם בדרך של הוספת שירותים תוך גביית תשלומי השתתפות עצמית, ובין אם בדרך של שינוי תשלומי ההשתתפות העצמית בגין שירותים שכלולים בסל הבריאות או בסל הקופה.

102. כאשר אנו נפנים לבחון את הפעילות של הקופה סביב גיבוש תכנית גבייה וגביית תשלומי ההשתתפות שאושרו במסגרתה, יש לבחון במה מתאפיינת הפעילות. האם כאשר הקופה מגבשת תכנית גבייה היא פועלת בכובע של רשות שלטונית? האם השיקולים שהיא שוקלת הם שיקולים ציבוריים שלטוניים, או שמא שיקולים בעלי גוון עסקי מסחרי? מה המאפיין הדומיננטי? על יסוד המענה לשאלות אלו תתברר שאלת סיווג הפעילות ויתרהווה המענה לשאלה האם קופת החולים פועלת כ'רשות'.⁴⁷

⁴⁵ ראו חוזר סמנכ"ל לפיקוח על קופות חולים ושב"ן מספר 3/2018, במסגרתו עודכנו תשלומים בעד שירותי בריאות ותרופות לשנת 2018, המפרט את כלל התשלומים שקופות החולים גובות מהמבוטחים הן מכוח התוספת השנייה לחוק והן מכוח תכניות הגבייה (יש בחוזר הפרדה בין השירותים שבגינם נגבה תשלום עפ"י התוספת השנייה לבין השירותים שבגינם נגבה תשלום לפי תכנית הגבייה של הקופה https://www.health.gov.il/hozer/sbn03_2018.pdf).

⁴⁶ אין מדובר במזון תרופתי שקבוע לגביו בתוספת השנייה תשלום השתתפות עצמית.

⁴⁷ עע"מ 7752/12 אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל (2.11.2014) (להלן: "ענין אסל"); תא (ת"א) 382/96 לנגברט נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 15.10.2002); עע"מ 2978/13 מי הגליל נ' יונס (פורסם בנבו, 23.7.2015).

103. כדי להשיב נכונה לשאלה זו, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להפנות את המבט לתחום פעילות אחר של קופת החולים.

104. סעיף 10 לחוק ביטוח בריאות קובע, כי כל קופת חולים רשאית להציע לחבריה תכנית לשירותי בריאות נוספים (להלן: "תכנית שב"ן") שאינם כלולים בסל הבריאות, שכפופה אף היא, כמו תכנית הגבייה לגבי שירותי סל הבריאות, לאישורו של שר הבריאות.

"קופת חולים רשאית להציע לחבריה תכניות לשירותי בריאות נוספים שאינם כלולים בסל השירותים והתשלומים של הקופה (להלן - תכנית לשירותים נוספים), בין בעצמה ובין באמצעות חברה-בת בשליטה מלאה (להלן בסעיף זה - הקופה); תכנית לשירותים נוספים, וכל שינוי בה, טעונים אישור שר הבריאות".

105. סעיף 10 לחוק ביטוח בריאות מוסיף ומגדיר את התנאים בהם צריכה לעמוד תכנית שב"ן. כך למשל נקבע כי השירותים בתכנית יכולים להיות ממומנים מהכספים שנגבים עבור התוכנית בלבד, ואין לאפשר זליגה מסל הקופה וממשאבי הקופה לתוכנית השב"ן. עוד נקבע, כי קופת החולים חייבת לצרף כל מבוטח שמבקש להצטרף ואיננה רשאית להפלות על רקע מצב בריאותי או כלכלי. עוד נקבע כי כל קבוצת גיל תשלם אותם דמי חבר ללא קשר למצב הבריאותי, הכלכלי או לשנות החברות בקופה.

106. הוראות הדין אינן מחייבות את קופת חולים לקיים תכנית שב"ן, כי אם מאפשרות לה להציע למבוטחיה תכנית שב"ן. ברי, כי כאשר קופת חולים מחליטה לקיים תכנית שב"ן מגוון השיקולים העומד ביסוד החלטה הוא רחב, ויכול להחזיק שיקולים שאינם שיקולים שלטוניים במהותם. דומה, כי אין חולק גם, כי כאשר קופת החולים מגבשת את תכנית השב"ן, היא עשויה לשקול גם שיקולים בעלי גוון עסקי תחרותי הכוללים ניתוח כלכלי, שיווקי, שירותי, ואקטוארי וכיוצא בזה. כך גם, כשהיא שוקלת אם לכלול שירות מסוים במסגרת השב"ן, ושוקלת אגב כך מה גובה תשלום ההשתתפות העצמית שהיא מבקשת לגבות בגינו.

זאת, על יסוד התפיסה לפיה תשלום ההשתתפות העצמית משמש לוויסות ביקושים; מהווה מקור מימון בנוסף לתשלום הקבוע בעד ההשתתפות בתכנית שב"ן; ומהווה אמצעי למשיכת מבוטחים ושיפור האטרקטיביות של הקופה, אל מול הקופות האחרות.

107. דעת לנבון נקל כי הקופה, מצידה, חופשיה לשקול גם שיקולים בעלי גוון עסקי תחרותי כלכלי, כאמור לעיל, גם כאשר היא מגבשת תכנית גבייה בנוגע לשירותי סל הבריאות, ושוקלת מה שיעור תשלומי ההשתתפות העצמית שהיא מבקשת לגבות, או מה השירות שהיא מבקשת להוסיף לסל בגביית תשלום השתתפות עצמית. ויודגש; אין בדברים האמורים כדי למעט כהוא זה ממעמדן הדו מהותי של קופות החולים ומהוראות סעיף 8(א1)(2) לחוק ביטוח בריאות אשר לתנאים בהם צריכה לעמוד תכנית הגבייה. ואולם, אלה האחרונים אין בהם כדי להפוך את הקופה לגוף ציבורי הפועל על פי דין, כי אם לגוף דו מהותי מן המעלה הראשונה אשר מעניק שירות חיוני שיש לגביו רגולציה מקיפה והדוקה.

108. בה בעת, אין בנמצא הוראות חוק ביטוח בריאות מהן ניתן ללמוד כי קופות החולים מחויבות לשקול רק שיקולים שלטוניים, כשהיא שוקדת על גיבוש תכנית גבייה.⁴⁸
- ודוק; אין בהוראות החוק אשר קובעות את התנאים שבהם צריכה לעמוד תכנית גבייה כדי לשנות ממסקנה זו. אסדרה רגולטורית לא הופכת את הכפוף לה לרשות שלטונית.
109. זאת ועוד; שר הבריאות, כגורם השלטוני המוסמך, שצריך לאשר את תכנית הגבייה, הוא אשר מחויב לשקול שיקולים שלטוניים ציבוריים, כקבוע בדיון.
- כך גם ועדת הכספים של הכנסת שמהווה צומת נוסף של פיקוח ובקרה של הרשות המחוקקת.
110. עוד יוסיף היועץ המשפטי לממשלה ויטעים בהקשר זה, כי הקופה, שמנהלת, גם אם באופן נפרד, את שירותי הסל, מזה, ואת תכנית השב"ן, מזה, חופשיה גם לשקול בינה לבינה האם להכניס שירות מסוים לתוך שירותי הסל ולבקש לגבות תשלומי השתתפות עצמית, או לחלופין, לכלול אותו במסגרת תכנית השב"ן. לדעת היועץ המשפטי לממשלה, עת היא שוקלת בדבר, לכאן או לכאן, אין היא מחויבת לשקול שיקולים שלטוניים, והיא חופשיה לשקול למצער גם שיקולים עסקיים תחרותיים. אך ברור כי בין אם תבקש לכלול זאת בשירותי הסל ובין אם בתכנית השב"ן, תידרש לאישור הרגולטור, וזה יהיה מחויב לשיקולים השלטוניים המנויים בחוק.
- ואולם, כשם שפיקוח על מחירים לא הופך את הגוף שגובה את המחיר המפוקח לרשות, כך גם בענייננו, העובדה שהרגולטור מאשר את תכנית הגבייה, לא הופכת את מי שגובה את התשלום שאושר בתכנית הגבייה, לרשות.

1. ד. (ג) התייחסות לפסיקה נוספת שזכתה לאזכור בהליכים

111. במסגרת הטענות שהעמידו הקופות לפני בית הדין הארצי לעבודה, ביקשו קופות החולים לסמוך טיעונם כי הם בבחינת גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין על עניין שטרן שהוזכר לעיל.
- עניינו של הליך זה בבקשה לאישור ניהול תובענה מנהלית כייצוגית אשר הוגשה נגד הנהלת בתי המשפט ונגד חברת מחסני ערובה נעמן בע"מ (להלן: "חברת מחסני ערובה"), שהינה חברה פרטית. חברת מחסני ערובה פעלה בשירות מערכת ההוצאה לפועל של בתי המשפט. סעיף 5(ד) לחוק ההוצאה לפועל התשכ"ז-1967 קובע, כי מנהל לשכת ההוצאה לפועל רשאי להטיל על תאגיד תפקיד ביצוע של שמירה על מיטלטלין מעוקלים ומכירתם.
- השאלה אשר עמדה במוקד פסק הדין הייתה האם חברת מחסני ערובה, נכנסת תחת הגדרה "גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין" לעניין חוק תובענות ייצוגיות.
- בית המשפט קבע, כי לנוכח ההסדרה החוקית, לפיה מנהל לשכת ההוצאה לפועל רשאי לאצול תפקיד אשר מלכתחילה הוטל עליו עצמו, "הטלת תפקיד כזאת מעמידה את מקבלת התפקיד בחזקת מנהל ההוצאה לפועל לעניין אותו תפקיד. ממילא, בנסיבות כאלה, מבצע התפקיד הוא בחזקת גורם הממלא תפקיד ציבורי על פי דין ובא בחזקת 'רשות' כהגדרתה בחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים".⁴⁹

⁴⁸ ראה עניין אסל, לעיל ה"ש 41, פסקאות ט"ז-י"ח לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין.
⁴⁹ עמוד 3 לפסק הדין.

בענייננו שאני.

קופות החולים אינן בגדר מי שהוצאה לו סמכות או הוטל עליו תפקיד שהיה מלכתחילה תפקידה של הרשות השלטונית. חוק ביטוח בריאות, לפי שנאמר, קובע כי המדינה אחראית על מימון סל שירותי הבריאות, וקופות החולים, אחראיות לספק את שירותי הבריאות.

112. בהקשר זה יוער, כי חלק מפסקי הדין אשר קופות החולים הציגו כתנא דמסייע לאישוש עמדתן, נוגעים למערכת היחסים שבין קופת החולים לעובדיה ולא למערכת היחסים שבין קופת החולים למבוטחיה.

כך למשל, משליכות הקופות יהבן על בג"צ 6845/00 **ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נו(6) 663, 669 (2001) שם נקבע:

"קופת חולים אין היא כשאר מעסיקים במדינה. לא זו בלבד שמעסיקה היא עשרות אלפי עובדים, אלא שנותנת היא שירות ציבורי וחיוני – על פי דין – למילוני מבוטחים (לדבריה – כשלושה מיליונים וחצי מבוטחים) ומפעילה היא מאות רבות של מוסדות רפואה, ובהם בתי חולים ומרפאות. אכן, קופת חולים היא גוף ציבורי במלוא משמעותו של המושג (מבחינה חברתית ולאומית)."

על כך נאמר, כי אין הנדון דומה לראיה. דברים אלה, נאמרו בזיקה למחויבויותיה של קופת החולים, אשר אופייה המיוחד לאור היותה גוף דו מהותי,⁵⁰ משליך על חובותיה כמעסיקה.

ממילא, אין בכך כדי לתמוך בטענת הקופות כי הן בגדר גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין לפי סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

113. באותו אופן, גם דברי בית הדין הארצי בע"ע (ארצי) 1091/00 **אלעד שטרית – קופת חולים מאוחדת**, תק-אר 2000(3) 50, 58 (2000), אף הם נאמרו בהקשר של החובות מתחום המשפט הציבורי החלות על קופות החולים מתוקף מעמדן כגוף דו מהותי, וזאת בשים לב לאופי השירות אותו הן מספקות לציבור.

114. קופות החולים התייחסו גם לעת"מ (מחוזי חי') 413/02 **השפלה שירותי אמבולנסים בע"מ נ' שירותי בריאות כללית** תק-מח 2002(1) 220 (2002) וטענו, כי כבוד השופט ביין קבע בהחלטתו כי קופת חולים היא 'רשות' לעניין סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

115. ואולם, קביעה זו, שבכל הכבוד ראוי, הינה שגויה לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, נקבעה לעניין סמכותו של בית המשפט לדון בעתירה בענייני מכרזים נגד קופת חולים. זאת לנוכח המצב האנומלי: מחד גיסא חוק חובת המכרזים הוחל על קופות החולים. ראו לעניין זה את נוסח סעיף 2 לחוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: **"חוק חובת מכרזים"**) הקובע:

"המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו."

⁵⁰ אסף הראל, **גופים דו מהותיים גופים פרטיים במשפט המנהלי** (הוצאת לשכת עורכי הדין 2008).

116. אולם, באותה עת נוסחו של פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בית המשפט לעניינים מנהליים, אשר הסמיך את בית המשפט לעניינים מנהליים לדון בענייני מכרזים, ואשר בו נקבעו הגופים שלגביהם יהיה מוסמך לדון בעתירות בעניינים אלה, וקופת חולים לא הייתה מנויה ביניהם:

5" מכרזים – ענייני מכרזים של המדינה, רשויות מקומיות, תאגידים שהוקמו לפי חוק, חברות ממשלתיות וחברות בת ממשלתיות, שעניינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים."

כלומר, למרות שדיני המכרזים הוחלו על קופת חולים, בית המשפט לעניינים מנהליים לא היה מוסמך לדון בהם, שכן קופת החולים לא נמנתה בפרט 5. בנסיבות אלו, בפרשנות מרחיבה, קבע כבוד השופט ביין כי קופת חולים מהווה 'רשות' לצורך חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, ובכך התגבר לשיטתו על העובדה שקופת החולים לא הייתה מנויה או אז בפרט 5.

117. בתיקון מאוחר (חוק בתי משפט לעניינים מנהליים (תיקון מספר 15), התשס"ה-2005, ס"ח 2020, 8.8.2005, עמוד 738), שונה נוסחו של פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים ונקבעה סמכותו של בית המשפט לעניינים מנהליים לדון ב-"ענייני מכרזים של גוף ורשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, וענייני מכרזים של רשות מקומית, שעניינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, וכן מכרזים שעניינם מתן רישיון או זיכיון לפי דין".

118. הנה כי כן, כיום, הסמכות שקונה בית המשפט לעניינים מנהליים לדון במכרזים של קופות החולים, איננה נשענת כלל על הגדרת 'רשות' לעניין סעיף 2 לחוק בתי משפט מנהליים אלא על ההגדרה המעוגנת בסעיף 2 לחוק חובת מכרזים, אשר מונה במפורש לצד המדינה גופים נוספים, ובהם קופות החולים.

119. עמדת המדינה, כי לא ניתן להרחיב על האמור בתוספות הקבועות לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים בדרך של פרשנות מרחיבה התקבלה לאחר מכן בשורה של פסקי דין, ועל-כן פסק הדין של כבוד השופט ביין אינו יכול להוות ראייה לענייננו.

ראו לעניין זה גם את פסק הדין של כבוד הנשיא ברק ברע"א 7591/01 אלג'עברי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 9.4.2003).

120. בבש"א (מחוזי ת"א) 30403/07 בן מאיר נ' עיריית פתח תקווה (פורסם בנבו, 26.8.2009) נדונה תובענה מנהלית ייצוגית נגד רשות ונגד חברה שפעלה בסיוע לאותה רשות בגביית חובות בגין קנסות בדרך של הוצאה לפועל. בפסק דין זה נקבע, כי משעה שפעילות החברה הושתתה על הסמכה מן הרשות בהתאם לסמכות המוקנית בדין לרשות להסמיך גורמים פרטיים לפעול בשמה, באה החברה בגדר גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין. כאמור לעיל, בעניין שעומד לפנינו משרד הבריאות לא מסמיך את קופות החולים לפעול בשמו או במקומו, אלא שהמערכת מושתתת על כך שקופות החולים הן המעניקות את שירותי הבריאות, תחת בקרה ורגולציה של משרד הבריאות, ובמימון כקבוע בדין של המדינה. אין מדובר במקרה בו הרשות מסתייעת בגוף אחר לצורך ביצוע תפקידה, אשר הוגדר ככזה בדין.

2.ד מכל מקום, תשלום ההשתתפות העצמית הוא מחיר ולא תשלום חובה

121. כאמור, בהתאם לאמור בפרט 11 בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות ניתן להגיש תובענה ייצוגית נגד 'רשות' רק בשל "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" שהיא גבתה שלא כדין; כמו־כן, רק בגין תובענה שהוגשה לפי פרט זה רשאית 'רשות' להגיש הודעת חדילה לפי סעיף 9 בחוק זה. לפיכך, אף אם קופות החולים הן 'רשות' – וזו היא, כמבואר לעיל, אינה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה – עדיין יש לבחון מה סיווגם של תשלומי ההשתתפות העצמית שגובות קופות החולים מהמבוטחים – האם הם בגדר "מס, אגרה או תשלום חובה אחר", או שמא הם מחיר.

122. דא עקא, שאלה זו לא זכתה לדיון משמעותי בפסק־הדין של בית־הדין הארצי לעבודה. כבוד הנשיא פליטמן קבע בדעת הרוב, בהקשר זה, כי:

"מהחומר המצוי לפנינו עולה כי דמי ההשתתפות [העצמית] מהווים 'תשלום חובה אחר', כאמור בפרט 11. זאת משדמי ההשתתפות במקרה הנוכחי משולמים בגין הציוד המתכלה הנכלל בשירותי סל הבריאות ונגבים על ידי הקופות מכוח הסמכה בחוק הבריאות, המאפשרת לקופות החולים לגבות עבור שירותי סל הבריאות תשלום מהמבוטחים עד לשיעור מרבי מסוים."

יתר השופטים לא התייחסו לשאלה זו.

123. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי מסקנתו זו של בית הדין הארצי לעבודה, כמו־גם הנמקתו שהובאה כתמיכה לה – שגויות, בכל הכבוד. תשלומי ההשתתפות העצמית שגובות קופות החולים רחוקים במידה משמעותית מלהיות תשלומי חובה וקרובים במהותם למחיר, המשולם בגין המוצר או השירות שהן מספקות למבוטחים – בענייננו, הציוד המתכלה. להלן תפורט עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה.

המסגרת הנורמטיבית

124. מקורה של ההבחנה בין מסים, מלוות חובה, אגרות ותשלומי חובה אחרים לבין מחיר הוא בסעיף 1(א) בחוק־יסוד: משק המדינה, המתווה את המסגרת החוקתית להטלתם ומחייב לשם כך חקיקה ראשית או חקיקת משנה מכוח הסמכה מפורשת בחוק. ביטוי סטטוטורי נוסף להבחנה זו ניתן למצוא כיום גם בפרט 11 בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, אשר מכוחו מוגבלת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית נגד 'רשות' ל"סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר" (אם כי הסעיף עצמו אינו מפנה להגדרה שבחוק־יסוד: משק המדינה). בסעיף 9 בחוק זה נקבע שרשות רשאית להודיע הודעת חדילה בתובענות ייצוגיות שהוגשו נגדה לפי פרט 11. משהכריע בית־הדין הארצי כי המשיבות הן 'רשות', הפכה להיות רלוונטית השאלה האם תשלומי ההשתתפות העצמית נכללים בגדר פרט 11; והאם, כפועל יוצא, באפשרותן של המשיבות היה להודיע הודעת חדילה.

125. כפי שנקבע בפסיקה, בין פרט 11 בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות לבין סעיף 1(א) בחוק־יסוד: משק המדינה יש קשר המעיד על היקף היכולת להגיש תובענות ייצוגיות נגד 'רשות' (וממילא, על היקף החדילה שעליה באפשרותן של רשויות להודיע):

"מהמסר שמעביר המחוקק בסעיף 1(א), ומהדמיון הלשוני בין הנוסחים של סעיף 1(א) ושל פריט 11, ניתן לטעמי ללמוד על כוונת המחוקק בפריט 11: לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות נגד גוף שלטוני או רשות ציבורית רק במקרים בהם הטיילו, שלא כדון, את אותם תשלומים אשר נדרשת הסמכה חוקית על מנת להטילם על הפרט, כקבוע בסעיף 1(א). במלים אחרות, כדי לקבוע האם תשלום מסוים נכנס לגדרי פריט 11 אם לאו, עלינו לסווגו כתשלום מסוג התשלומים אשר נדרשת הסמכה בדון כדי להטילו" (עניין לוי, פסקה 24).

126. אז מה הם, אפוא, מסים, אגרות ותשלומי חובה אחרים שניתן להגיש בגין גבייתם שלא כדון תובענה ייצוגית?

באופן עקרוני מקובל להציב סכומים אלה על ספקטרום, שמצדו האחד המס, מצדו האחר המחיר ואילו ביניהם נמצאים האגרות, מלוות החובה ותשלומי החובה – מי יותר קרוב באופיו למחיר, מי יותר קרוב באופיו למס.⁵¹ על-כן זכו אלה בפסיקה לכינוי "יצורי כלאיים", אשר "לובשים מאפיינים מזה ומזה".⁵²

127. למסים, לאגרות ולתשלומי חובה אחרים יש מאפיין משותף: כולם הם תשלומים כפויים לרשות ציבורית. עם זאת וכפי שיפורט להלן, היקפו של מאפיין הכפייה ואופיו משתנים ביחס לכל אחד מן התשלומים הללו.

(א) **מס**: ההגדרה המקובלת למס היא תשלום כפוי לרשות ציבורית, שאינו משולם עבור שירות מסוים שניתן למשלם – קרי, שאין בעדו תמורה מדינית וישירה.⁵³ דהיינו, אין "קשר ישיר" בין המס ששולם לבין השירותים שקיבל המשלם.

(ב) **אגרה**: ההגדרה המקובלת לאגרה היא תשלום כפוי לרשות ציבורית, עבור שירות שניתן למשלם – קרי, יש בצדה תמורה מדינית וישירה – אך מבלי שתהא בהכרח הלימה בין עלות השירות לבין גובה האגרה.

מהגדרה זו נובעים שלושה הבדלים בין מס לבין אגרה. ראשית, בעוד שאלמנט הכפייה במס בא לידי ביטוי בחובה לשלם במנותק משירות או ממצרך ספציפיים, אלמנט הכפייה באגרה נעוץ בכך שהשירות שבגינו משולמת האגרה לא יינתן לאזרח אם לא תשולם האגרה. אולם, באפשרותו של האזרח להימנע מתשלום האגרה אם יוותר על קבלת השירות. שנית, בניגוד למס, אגרה מושתתת על עקרון ה"ייעוד" – היא משולמת בגין מוצרים או שירותים ציבוריים ספציפיים. עמד על כך בית-משפט נכבד זה בבג"ץ 5503/94 סגל נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 557 (1997), שבו צוין, כי קיים "קשר-בל-יינתק בין חובת תשלום האגרה לבין קבלתו של שירות". שלישית, שיעורה של אגרה יכול להיות גבוה מהערך של המשאב המסופק או נמוך ממנו, שאז

⁵¹ ע"א 474/89 קריב נ' רשות השידור, פ"ד מו(3) 374, 377 (1992); עניין לוי, פסקה 27; בג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, פסקה מ"ח בפסק-דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.11.2014) (להלן: "עניין מרכז השלטון המקומי"); ע"מ 7705/16 רונן נ' מדינת ישראל – רשות המיסים, פסקה 6 (פורסם בנבו, 15.7.2018) (להלן: "עניין רונן").

⁵² עניין מרכז השלטון המקומי, פסקה מ"ח בפסק-דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין; עניין לוי, פסקה 27.

⁵³ אלפרד ויתקון ויעקב נאמן דיני מיסים 4 (מהדורה רביעית, 1969); עניין מרכז השלטון המקומי, פסקה מ"ט בפסק-דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין וההפניות שם.

יהיה באגרה אלמנט של מס או של סובסידיה.⁵⁴ אם האגרה גבוהה משווי השירות, הרי שיש בה אלמנט של מס; ולהיפך, אם האגרה נמוכה משווי השירות, משמע המדינה מסבסדת את עלותו עבור משלם האגרה.⁵⁵

חשוב להדגיש, כי העובדה שהאזרח משלם בגין שירות מסוים סכום נמוך מאשר שוויו אין משמעה שהתשלום הוא בהכרח אגרה, שכן המדינה יכולה להשפיע גם על גובהו של מחיר, בין אם באמצעות השתתפות המדינה בגובהו (כגון באמצעות סובסידיות, מענקים וקצבות) בין אם באמצעות הגבלתו (למשל, בפיקוח על מחירים), בין אם באמצעים אחרים. דוגמות לכך הן מחירי הנסיעה באוטובוסים (המסובסדים על ידי המדינה), השתתפות בשכר דירה שנותנת המדינה לזכאים, מענקים שהיא נותנת (למשל לפי חוקי העידוד השונים), סבסוד מעונות יום, הגבלת מחירים של מוצרים (מכוח צו הפיקוח על מחירי מוצרים ושירותים) – ועוד. בכל המקרים הללו – ובמקרים אחרים – הסכום שמשלם האזרח בסופו של דבר בגין השירות או הסחורה הוא נמוך משוויו, אך אין בכך כדי להפוך סכום זה לאגרה.

(ג) **תשלומי חובה אחרים:** תשלומים מסוגים שונים שאינם מס או אגרה, אך טמון בהם אלמנט של כפייה.

128. לעומת כל אלה, מקובל להגדיר **מחיר** בתור הסכום שנקבע לצדדים בעסקה חופשית בעבור רכישת שירות או מוצר בתנאי שוק חופשי. כלומר, מחיר אינו משולם בכפייה: "הפרט אינו מחויב לשלמו לרשות, והוא יכול להימנע מקבלת השירות או הסחורה אם יחפוץ"⁵⁶ ויש הלימה (כאמור, חלקית או מלאה) בין גובהו לבין שוויו של המוצר או השירות המסופק נגדו.⁵⁷

על רקע סקירה זו, יעבור היועץ המשפטי לממשלה לבחון את תשלומי ההשתתפות העצמית שבהם עסקין.

על מהותם של תשלומי ההשתתפות העצמית

129. בסעיף 3 בחוק ביטוח בריאות ממלכתי מעוגנת כאמור זכותו של "כל תושב... לשירותי בריאות". שירותי הבריאות ניתנים באמצעות קופות החולים, האחראיות לתת למי שרשום בהן את "מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה". את "סל שירותי הבריאות" מממנת המדינה. היקפו של סל זה נקבע בסעיפים 7 ו-7א בחוק ביטוח בריאות ממלכתי וכן בתוספת השנייה ובתוספת השלישית לחוק זה.

כאמור, בתוספת השנייה כלולה רשימה ארוכה של שירותים הנכללים בסל הבריאות. בהתאם לאמור בה, חלק מהשירותים הם "בהשתתפות כספית עצמית של המבוטח". לצד זאת, בסעיף 8(א)(1א)(ג) בחוק ביטוח בריאות נקבע, כי קופת חולים רשאית להציע "תשלומים שיחולו על החברים בקופת חולים עבור הסל שבתוספת ובצו, השונים מהתשלומים שבתוספת ובצו". שינוי כזה טעון אישורם של שר הבריאות ושל ועדת הכספים של הכנסת (סעיף 8(א)(2א)(1)) לחוק

⁵⁴ אהרן יורן "הפיקוח התחיקתי על מערכת המסים בישראל – חידושים ופגמים" **משפטים** 310 ז (1977).

⁵⁵ יש לציין, כי אגרה יכולה לשרת אינטרסים ציבוריים נוספים מלבד הספקת המוצר או השירות. לשיעור האגרה יכול שיחיה תפקיד בהגשמתם של אינטרסים אלה.

⁵⁶ עניין **לוי**, פסקה 29 וההפניות שם.

⁵⁷ בג"ץ 8676/00 **אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה**, פ"ד נט(2) 210, 227 (2004); עניין **מרכז השלטון המקומי**, פסקה מ"ט בפסק-דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין וההפניות שם.

עוד יש לציין, כי תשלומי ההשתתפות העצמית הקבועים בתוספת השנייה ובתכניות הגבייה של קופות הם חולים הם **תשלומים מרביים**. דהיינו, קופות החולים רשאיות לגבות סכומים נמוכים יותר (ראו, למשל, חוזר סמנכ"ל לפיקוח על קופות החולים ושירותי בריאות נוספים מספר 3/2018 **עדכון תשלומים בעד שירותי בריאות ותרופות לשנת 2018** (7.8.2018), שבו מצוין כי מדובר ב"מחיר השתתפות עצמית מרבי"). ואכן, קופות החולים גובות בפועל, לעתים, סכומים נמוכים יותר מאשר תשלומי ההשתתפות העצמית הקבועים בדין – קרי, מעניקות למבוטחים **הנחות** ולעתים אף **פטורים** מתשלומי ההשתתפות עצמית. למשמעות הדברים יתייחס היועץ המשפטי לממשלה בסמוך.

לבסוף יוזכר, כי בעולם הביטוח הפרטי-מסחרי (לכוונת רווח), תשלומי ההשתתפות עצמית הם על-פי טיבם וכעולה משמם השתתפות **חלקית** של המבוטח בגין המוצר או השירות הניתן לו בעת קרות מקרה ביטוח המכוסה על ידי הביטוח שהוא רכש ויש בהם משום מחיר שמשלם המבוטח בגין הפעלת הפוליסה. משביטוח הוא מכשיר שנועד מנקודת-ראות המבוטח לקנות סיכונים, ברי שאין למבוטח כל תוחלת בביטוח אשר במסגרתו תשלום ההשתתפות עצמית משקף את ערך המוצר או השירות הניתן בעת הפעלת הביטוח; וכך, אם ההשתתפות העצמית היא בשיעור של 100% – אין לכאורה הבדל בין רכישת המוצר במסגרת ביטוח לבין רכישתו באופן פרטי.

130. כאמור, השאלה המתעוררת בענייננו היא מה מהותו של "תשלום ההשתתפות עצמית" שגובות קופות חולים מהמבוטחים וכיצד יש לסווגו. בית-הדין הארצי לעבודה קבע בפסק-הדין כי תשלומי ההשתתפות העצמית הם תשלום חובה שגובות קופות החולים.

עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה. תשלומים אלה, כפי שיוראה להלן, רחוקים במידה משמעותית מלהיות תשלומי חובה והם קרובים במהותם למחיר.

131. תחילה ולמען שלמות התמונה, יסיר היועץ המשפטי לממשלה מעל הפרק את שתי האפשרויות התיאורטיות הנוספות לסיווגה של ההשתתפות העצמית – מס ואגרה. כפי שציין כבוד השופט א' רובינשטיין בעניין **מרכז השלטון המקומי**:

"קיומם או היעדרם של מאפייני התמורה והרצון החופשי, ינחו את דיונונו כמחט המצפן שקוטבו מזה במחיר ומזה במס. נוסף לכך בלשון פשוטה: המס נכפה, המחיר הוא תמורת רכישה של שירות או מצרך; המס אינו ניתן לבחירה, אך מן המחיר ניתן להימנע אם אין רוכשים את המצרך והשירות" (פסקה מ"ט).

כבר מתוך דברים אלה – נקל להיווכח שאין עסקינן במס. אין כל חולק שבענייננו השירות הרפואי או הטיפול הרפואי שמקבל המבוטח נגד ההשתתפות העצמית הם תמורה ישירה ומיידית; וכפי שנראה מיד (במסגרת הדיון בתשלום חובה) – גם ספק רב אם ניתן לומר שמדובר ב"תשלום כפוי".

בדומה, אגרה היא תשלום כפוי בגין שירות שניתן למשלם, אך סכומה אינו קשור באופן הדוק לתמורה שלה הוא זוכה – והוא יכול להיות גבוה יותר או נמוך יותר. עם זאת, העובדה שמשולם

בגין שירות מסוים או בגין מוצר מסוים סכום נמוך מאשר שוויים אין בה, כשלעצמה, כדי להצביע על כך שהתשלום הוא אגרה. זה הוא בדיוק המקרה בענייננו. כפי שראינו, המדינה היא המממנת את סל הבריאות (סעיף 3 בחוק הבריאות הממלכתי). זו היא בעצם "סובסידיה" של המדינה לשירותי הבריאות.⁵⁸ התשלום שמשלם האזרח בסופו־של־דבר לקופות החולים, ההשתתפות העצמית, אינו הופך ל"אגרה" רק בשל המימון הציבורי ("הסובסידיה") שהעניקה המדינה לשירותי הבריאות בכללותם. ומזווית אחרת: אילולא הסובסידיה הניתנת, אין ספק שאדם שלא היה מבוטח בביטוח בריאות היה צריך לרכוש את המוצר או את השירות המבוקשים ולשלם בגינם תמורה ריאלית – מלוא עלותו של השירות או של המוצר – כך שהיה קשר ברור בין התמורה לבין הסכום המשולם. בכך יש להעיד, כי אין לפנינו אגרה.

132. נותרנו, אפוא, עם האפשרות האחרונה: האם עסקינן בתשלום חובה או במחיר? אשר להבחנה בין שני אלה ציין כבוד השופט ס' גובראן (שהיה אמנם בדעת מיעוט) בעניין **מרכז השלטון המקומי**, כי "תשלום חובה"... אינו משתלם עבור מוצר או שירות באופן רצוני; מחירו אינו נקבע בתנאי שוק חופשי; והתמורה בגינו אינה בהכרח תואמת את שווי הכלכלי. מדובר בשירותים או במוצרים שהציבור אינו יכול שלא לרכושם" (שם, פסקה 19).

מדברים אלה ניתן להבין, כי ישנם שני מישורים עיקריים המבחינים בין תשלום חובה לבין מחיר. האחד הוא **מישור התמורה**. בעת תשלום מחיר בגין מוצר או שירות, זוכה המשלם לתמורה מידית וישירה אשר היא שוות־ערך למחיר ששולם (שאחרת בתנאים רגילים ושוויוניים אדם רציונלי לא היה מסכים לשלם את המחיר). עם זאת, וכפי שצוין לעיל, השתתפות עצמית על־פי טיבה אינה שוות־ערך לתמורה והיא משקפת תשלום חלקי, אך כפי שיפורט להלן אין בכך כדי לשלול את היותה במהותה מחיר. הדברים שונים ככל שנוגע הדבר לתשלום חובה. בגין התשלום שבו **חייב** המשלם לשאת אין הוא זוכה לתמורה מידית וישירה – ואף אם קיימת תמורה כל שהיא, לרוב אין היא שוות־ערך לתשלום ששילם.

השני הוא **מישור הכפייה**. תשלום חובה נגבה באופן כפוי, בעוד שמחיר משולם באופן רצוני (המשלם יכול לבחור לא לצרוך את השירות או לרכוש את המוצר ולהימנע מתשלום עבורם). התפיסה המקובלת היא שמחיר וכפייה אינם דרים בכפייה אחת. בפסיקה אומצו שני מבחני עזר בשאלה אם התשלום נגבה באופן כפוי או מתוך רצון חופשי:

(א) האם יש "דרך, אפשרות או שיקול דעת לרכוש את השירות [או את המוצר] בשוק החופשי."⁵⁹ קרי, העדר שוק מונופוליסטי או כפוי⁶⁰ וקיומה של אלטרנטיבה לרכישת המוצר או השירות.

⁵⁸ המילה "סובסידיה" מופיעה בגרשיים מפני שלצורך מימון שירותי הבריאות גובה המדינה מכל אדם מס בריאות, המשולם למוסד לביטוח לאומי. עם זאת, חשוב לציין שאין מתאם בין גובה מס הבריאות שכל אדם משלם לבין שוויים של שירותי הבריאות שלהם הוא זוכה; וכך גם אין מתאם בין סכומי מס הבריאות לבין הסכומים שבהם נושאת המדינה לצורך מימון שירותי הבריאות.

⁵⁹ עניין **מרכז השלטון המקומי**, פסקה נ"ה בפסק־דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין.

⁶⁰ בג"ץ 321/60 **לחם חי בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד טו 197, 208 (1961); עניין **מרכז השלטון המקומי**, פסקה 17 בפסק־דינו של כבוד השופט ס' גובראן.

(ב) תשלום חובה משולם לרוב בגין שירות או סחורה שהפרט מצפה מן המדינה לספק לו. לפי אמת-מידה זו, עלינו לבחון את מידת "חיוניותו של המוצר (או השירות) הנרכש. ככל שזו גוברת, ובהנחה שרק השלטון יכול לספקו... מתרחק התשלום בגינו מהגדרת ה'מחיר'" (שם).⁶¹

133. לצד הבחנות אלו, יש לזכור כי תשלום חובה ומחיר נבדלים ביניהם גם במישור המהותי. ראשית, בעוד שתשלום חובה נגבה על-ידי רשות ציבורית במסגרת תפקידה הציבורי, מחיר נגבה – בין אם על-ידי רשות בין אם על-ידי גוף פרטי – במסגרת פעילות עסקית-מסחרית (לאמור – בכובע הפרטי). אף אם הגוף הגובה אינו פועל לשם כוונת רווח, עדיין אופי פעילותו ואופן התנהלותו הם עסקיים-מסחריים;⁶² ודוגמה לכך הם תאגידי המים שנדונו בעניין מרכז השלטון המקומי הנ"ל. שנית, תשלומי חובה (וכך גם מסים) נגבים במהותם לשם מימון פעילות המדינה בכללותה (ולא לשם מימון פעילות ספציפית שנגדה התשלום משולם). כפועל יוצא נפסק, כי מקום שנגבה מן האזרחים תשלום על מוצר או שירות במסגרת "משק סגור", כאשר סכומים אלה נועדו למימון של אותו משק ולא נועדו לזלוג החוצה, יש בכך כדי להעיד על כך שמדובר במחיר (שם, פסקה ל"ג בפסק-דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין).

134. ועתה ליישום.

אמות-המידה נפרסו בהרחבת-מה; וזאת משום שהן מבהירות, כי תשלומי ההשתתפות העצמית שבהן עסקינן – קרובים במהותם למחיר.

135. ראשית, במישור התמורה, אין חולק כי המבוטחים זכו מקופות החולים לתמורה מִקְדִּית, ישירה, ממשית ומסוימת נגד תשלומי ההשתתפות העצמית ששילמו – בענייננו, הציוד הרפואי המתכלה. אכן, אין חולק על כך שבמרבית המקרים שוויו של ציוד זה גבוה מהסכום ששולם כתשלומי ההשתתפות עצמית (אך לא תמיד – ישנם מקרים שבהם ההשתתפות העצמית היא בשיעור של 100%, למשל בתרופות מסוימות); אולם כאמור, זה הוא מטבע הדברים אופייה של ההשתתפות עצמית המשקפת חלק (לעתים קטן) משווי המוצר או השירות שבגינם היא נגבית – ובמובן זה קיים דמיון בין אופייה זה של ההשתתפות העצמית שגובות קופות החולים לבין אופייה של ההשתתפות העצמית שנגבית במסגרת ביטוחים פרטיים;⁶³ במסגרת הבחינה אם מדובר בתמורה שוות-ערך יש להביא אפוא בחשבון, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, את העובדה שעסקינן בהשתתפות עצמית ולבחון את התקיימותו של מאפיין זה בהתחשב בכך.

136. נוסף על האמור, כפי שראינו, לא אחת המחיר שנגבה בגין שירות או מוצר הוא נמוך משוויו בשל סובסידיה או השתתפות ממשלתית בו, כדוגמת המחיר המשולם בגין נסיעה בתחבורה ציבורית. די אפוא בכך שקיימת תמורה מסוימת בגין התשלום; תמורה שבהינתן אופייה של ההשתתפות

⁶¹ עניין מרכז השלטון המקומי, שם; וראו עוד בפסקה 22: "אין בכוונתי לומר כי כל תשלום בגין מוצר בסיסי וחיוני, כגון מוצרי מזון בסיסיים, תמיד יהא בגדר 'תשלום חובה'. בשונה ממוצרי יסוד אלה, מים אינם ניתנים לרכישה במרכול במגוון סוגים, לפי טעם הצרכן ובטווח מחירים משתנה, או במילים אחרות הם אינם נמכרים בתנאי שוק חופשי. בשונה ממוצרים אלה דוגמת הלחם, החלב, הקמח או מזון אחר שעשוי להיחשב לבסיסי, אספקת מים סדירה היא מוצר שניתן להסכים כי מצופה מהשלטון לספק לפרטיו. דומני כי חובתו של השלטון לאספקת מים סדירה, אשר אין אחר מלבדו אשר בכוחו לספק, מחזקת את אופי התשלום כ'תשלום חובה'."

⁶² עניין מרכז השלטון המקומי, פסקה מ"ו בפסק-דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין.

⁶³ יובהר, שאין כוונת היועץ המשפטי לממשלה לומר, כי יש זהות מלאה בין ביטוח הבריאות הממלכתי לבין ביטוחים פרטיים בתשלומי ההשתתפות העצמית ובקריטריונים לקביעתם. עם זאת, האופי הכללי של ההשתתפות עצמית – תשלום חלקי, בשיעור מסוים, של המבוטח – קיים כמבואר הן כאן הן כאן.

העצמית היא "ריאלית" ו"הולמת" כלשונו של בית-משפט נכבד זה בעניין **מרכז השלטון המקומי**; וכי תמורה זו תומכת במסקנה שאין מדובר בתשלום חובה אלא בתשלום שהוא במהותו מחיר.

זאת ועוד – ניתן לרכוש ביטוחי בריאות פרטיים ולקבל ולו באופן חלקי באמצעותם מוצרים הנמכרים על-ידי הקופות – בענייננו, הציוד הרפואי המתכלה – נגד תשלום השתתפות עצמית. עובדה זו היא אינדיקציה נוספת לאלו המצוינות לעיל שאין מדובר בתשלום חובה אלא בתשלום הקרוב במהותו למחיר.

137. שנית, במישור הכפייה. ישנם מוצרים ושירותים שונים הניתנים באמצעות גופים ציבוריים, לא אחת באופן ריכוזי כאשר הגוף הציבורי הוא הגורם העיקרי המספק אותם. כך היה, לדוגמה, בעניין **מרכז השלטון המקומי** שבו נדונה הספקתם של מים באמצעות תאגידי המים. כפי שנקבע שם, אף אם ניתן להטיל ספק במידה שבה ניתן להשיג את המוצר בשוק החופשי – עדיין, **מקום שבו המשלם יכול לבחור מתי לצרוך וכמה לצרוך, הרי שהצריכה היא רצונית ואין לומר שהיא נעשית בכפייה**. הדברים מחזקים גם את ענייננו, שכן אף בהינתן ההבדלים בין שירותי הבריאות הניתנים במסגרת ביטוח הבריאות הממלכתי לבין השוק החופשי בכל הנוגע להיקפם המדויק ולעלותם, ניתן להשיג שירותים שונים שמעניקות קופות החולים אף בשוק החופשי, בין אם באופן פרטי ובין אם בהסדר ביטוחי. ניתן אפוא להצביע למצער על תחליפיות חלקית. פרט לכך, יש להזכיר גם כי קופות החולים מתחרות בינן לבין עצמן וכי כל שירות רפואי או טיפול רפואי שניתן לקבל בקופות חולים אחת, ניתן לקבלו גם בקופות החולים האחרות, גם אם בתשלומי השתתפות עצמית שאינם בהכרח זהים. בנסיבות אלה שבהן תשלום ההשתתפות העצמית המשולם רק על-ידי מי שצורך את השירות או את המוצר מרצונו ובהתאם לכמות המוצרים או להיקף השירותים שצרך, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי התשלום לא נעשה בכפייה (וממילא שלא מדובר ב"שוק כפוי").

וידגש, כי אף אם היה מדובר בשוק כפוי ("מונופוליסטי"), עדיין לא היה בכך לשנות את העובדה שעסקינן במחיר. זאת, שכן המחיר שנקבע אינו מחיר מונופוליסטי. כאמור, אף שבתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות קבועים תשלומי ההשתתפות העצמית, כל אחת מקופות החולים יכולה להגיש תכנית גבייה ולכלול בה תעריפים שונים (ואף נמוכים יותר) של השתתפויות עצמית – כפי שאכן נעשה בפועל. כמו-כן, יש לזכור כי תעריפים אלה הם תעריפים מְרביים וקופות החולים גובות לעתים ממבוטחים מסוימים או בכלל תעריפים נמוכים יותר. כל אלה מעידים על כך שקופות החולים אינן קובעות מחיר מונופוליסטי, עובדה שיש בה כדי לשלול את אלמנט הכפייה.⁶⁴

אשר לאמת-המידה השנייה של מישור הכפייה, השאלה אם מדובר בשירות או במוצר שהפרט מצפה מהמדינה לספק לו. כאמור, במסגרת אמת-מידה זו יש לבחון את מידת "חיוניותו של המוצר (או השירות) הנרכש. ככל שזו גוברת, ובהנחה ש⁶⁵ השלטון יכול לספקו... מתרחק

⁶⁴ עניין **מרכז השלטון המקומי**, פסקה נ"ו בפסק-דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין.

התשלום בגינו מהגדרת ה'מחיר' (שם).⁶⁵ נדמה, כי אין מי שיחלוק כי למצער מרבית השירותים הרפואיים הניתנים במסגרת סל הבריאות הם חיוניים. אולם, בחיוניותם של שירותי הבריאות אין די, שכן על-מנת לסווג את התשלום כתשלום חובה נדרש שיהיה מדובר בשירות "שרך השלטון יכול לספקו". תנאי זה אינו מתקיים בענייננו. אין חולק על כך שניתן להשיג שירותים רפואיים ובהם הציוד הרפואי המתכלה שבו עסקין בשוק החופשי, גם אם בעלויות שונות או בתנאים שונים. אמת-מידה זו, אינה מכריעה אפוא את הכף ואין בה כדי לשנות את המסקנה שאופיים הדומיננטי של תשלומי ההשתתפות העצמית הוא של מחיר.

138. מסקנה זו מתחזקת גם מתוך מבט על המישור המהותי המבחין בין תשלום חובה לבין מחיר. ראשית, מחיר נגבה כאמור על-ידי גוף שאופי פעילותו ואופן התנהלותו הם עסקיים-תחרותיים. אין חולק על כך, שפעילותן של קופות החולים כוללת פן עסקי-תחרותי. קופות החולים מתחרות האחת נגד השנייה על ליבן של המבוטחים; הן מציעות לציבור המבוטחים שורה ארוכה של מוצרים נוספים ובהם שירותי בריאות נוספים, תרופות וציוד מתכלה מחוץ לסל, טיפולים למי שאינם מבוטחים בביטוחים משלימים (לדוגמה, טיפולים אורתודנטיים, רפואה משלימה, רפואה ואסתטית) – ועוד; וניתן לזהות בפעילותן, למצער במקטע זה של הפעילות, פנים המאפיינים גופים פרטיים וחברות ביטוח פרטיות, עם שירות לקוחות, מוקדי מכירות, מנגנונים האחראיים על החזר כספים ועוד. כל אלה אינם מאפיינים שאנו רגילים למצוא אצל גופים המעניקים שירות ציבורי מובהק – שהם היחידים המוסמכים על-פי דין לגבות מסים, אגרות ותשלומי חובה אחרים. ושוב, אין לנו אלא לשוב ולהפנות לעניין **מרכז השלטון המקומי**, שבו סווג תשלום בגין מים ששולם לתאגידי המים – שבהשוואה לקופות החולים, פעילותם בעלת מאפיינים עסקיים-מסחריים פחותים – כמחיר.⁶⁶

שנית, וגם כאן בדומה לעניין **מרכז השלטון המקומי**, גם קופות החולים פועלות במסגרת משק סגור. כל הסכומים שהן גובות כהשתתפות עצמית בגין שירותים רפואיים ומוצרים רפואיים הכלולים בסל נועדו למימון פעילותן מכוח סל הבריאות והם אינם זולגים החוצה למימון פעילויות נוספות שלהן (כגון ביטוחים משלימים). גם בכך יש כדי לחזק את המסקנה שמדובר במחיר.

139. בטרם חתימתו של פרק היישום, שלוש הערות.

ראשית, לא למותר להזכיר את דבריה של כבוד המשנה לנשיא מ' נאור בעניין **לוי**, שהדגישה כי "לא כל סכום שגובה הרשות – גם אם הוא נגבה שלא כדין – מאפשר לתבוע בעילה המנויה בפרט

⁶⁵ עניין **מרכז השלטון המקומי**, שם; וראו עוד בפסקה 22: "אין בכוונתי לומר כי כל תשלום בגין מוצר בסיסי וחיוני, כגון מוצרי מזון בסיסיים, תמיד יהא בגדר 'תשלום חובה'. בשונה ממוצרי יסוד אלה, מים אינם ניתנים לרכישה במרכול במגוון סוגים, לפי טעם הצרכן ובטווח מחירים משתנה, או במילים אחרות הם אינם נמכרים בתנאי שוק חופשי. בשונה ממוצרים אלה דוגמת הלחם, החלב, הקמח או מזון אחר שעשוי להיחשב לבסיסי, אספקת מים סדירה היא מוצר שניתן להסכים כי מצופה מהשלטון לספק לפרטיו. דומני כי חובתו של השלטון לאספקת מים סדירה, אשר אין אחר מלבדו אשר בכוחו לספק, מחזקת את אופי התשלום כ'תשלום חובה'."

⁶⁶ למען הסדר הטוב יצוין כי מעע"מ 2978/13 **מי הגליל** – תאגיד המים הביוב האזור בע"מ נ' יונס (פורסם בנבו, 23.7.2015) משתמעת לכאורה עמדה שונה לעניין סיווג תשלומי המים בגדריו של חוק תובענות ייצוגיות. ככל הנראה בין היתר עקב כך ניתן בו דיון נוסף התלוי ועומד לפני בית משפט נכבד זה (דנ"מ 5519/15 **יונס נ' מי הגליל נ' תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ**). גם במסגרתו של דיון נוסף זה, הגיש היועץ המשפטי לממשלה עמדתו ובה חזר על העמדה שלפיה, כפי שנקבע בעניין **מרכז השלטון המקומי**, התשלום בגין המים הוא מחיר.

11" (שם, פסקה 3) והציעה, לעניין סיווג התשלום כמחיר או כתשלום חובה, להתעלם מזהות המשלם ולבחון כיצד היינו מסווגים את התשלום אילו הוא היה משולם לגורם פרטי:

"כשם שלגבי כל מעסיק אחר לא היינו רואים בניכוי האמור 'כמס', אגרה או תשלום חובה אחר', אף אם הדבר בוצע 'שלא כדין', כך גם לגבי ניכויים שאיפשרה המדינה. בעת הדיון על פה שאלנו את עו"ד רזניק בא כוח המערער מה היה הדין אם עניינו היה בעובד בנק שבתלוש הפנסיה שלו הייתה מופיעה הורדה כפי שהופיעה אצל המערער... אני מוכנה להניח כי כאשר מעסיק כופה שלא כדין על עובדיו הוצאה כזו או אחרת או מאפשר ניכויים שלא כדין קיימת לעובדים עילה לתביעה ייצוגית. ואולם, השאלה אינה אם קיימת עילה לתביעה ייצוגית. השאלה היא האם העניין בא בגדרי פרט 11 – דהיינו האם מדובר בגבייה של 'מס', אגרה או תשלום חובה אחר'... בין כך ובין כך אין מדובר [בנסיבות אלה] בעילה שלפי פרט 11 לתוספת השנייה שעניינה בשדה אחר" (פסקות 4-5).

במילים אחרות, הסיווג הוא לגופו של תשלום ולא בהתאם לזהותו של המשלם. אם התשלום במהותו הוא מחיר – וכך, לדוגמה, אין חולק שתשלומי ההשתתפות העצמית שגובות חברות הביטוח הפרטיות הם מחיר – אין מקום לשנות סיווגו רק בשל כך שהגורם שלו הם משולמים הוא אחר (בעניינו, קופות החולים).

שנית, יש להזכיר שבפסק-הדין בעניין לוי התייחס בית-משפט נכבד זה לבחינה המקדמית שיש לערוך עוד בטרם יישום המבחנים של תמורה והכפייה, לעניין ההסמכה לגבות את התשלום שבו עסקין. בהקשר זה הודגש, כי:

"אין זה מבחן של מצב הדברים כהווייתם, העוסק בשאלה האם התשלום הוטל או נגבה מכוח סמכות שבדין (או נחזה להיות כזה), אלא מבחן משפטי-נורמטיבי, הבוחן האם מדובר בתשלום מסוג התשלומים אשר אין להטילם על הפרט אלא במסגרת הסמכה כדין... עלינו לברר האם מדובר בתשלום מסוג התשלומים אשר רשות יכולה להטילם רק כשקיימת לה הסמכה בדין (מס, אגרה או תשלום חובה אחר)" (פסקות 25-26).

במילים אחרות, בראש ובראשונה יש לבחון את מהותו של התשלום: האם באופן עקרוני ניתן להטילו על הפרט גם בהעדר הסמכה בדין?

דברים אלה מתקשרים להנמקתו של בית-הדין הארצי לעבודה, שהשעין הנמקתו לעניין סיווגם של תשלומי ההשתתפות העצמית על כך שהם "נגבים על ידי הקופות מכוח הסמכה בחוק הבריאות". ברי, כי הנמקה זו שגויה. לא זו בלבד שאין מדובר כאמור במבחן המהותי לבחינת השאלה אם מדובר במחיר או בתשלום חובה אלא במבחן מקדמי, אלא שכאמור וכפי שנקבע בעניין לוי, זו כלל אינה השאלה שיש לבחון – אלא "האם מדובר בתשלום מסוג התשלומים אשר אין להטילם על הפרט אלא במסגרת הסמכה כדין" (והשוו גם לעניין רונן, פסקה 6).

יישומו של מבחן זה מביא לתשובה ברורה. כאמור, השתתפות עצמית נגבית מהפרט כעניין שבשגרה – והדוגמה המובהקת העולה על הדעת היא בעניין של חברות ביטוח פרטיות. ההשתתפות העצמית נגבית מכוח הסכמה חוזית בין חברת הביטוח לבין המבוטח – כשלמעשה מדובר בנתון מסחרי, גובה ההשתתפות העצמית, המשפיע על האטרקטיביות של הצעת הביטוח שניתנת לפרט (וכפועל יוצא ישנן אף חברות המאפשרות למבוטח, תמורת תשלום, "ביטול השתתפות עצמית" – כך שבקורות מקרה ביטוח, לא תשולם השתתפות עצמית כלל).

לעניין מסוים זה, אין קופות החולים שונות מחברות ביטוח פרטיות. בקורות מקרה ביטוח – בענייננו, ההזדקקות לשירותי בריאות שבגינם יש לשלם השתתפות עצמית – גובות קופות החולים את התשלום המתאים.

שלישית, היבט נוסף החשוב לענייננו הוא העובדה שתשלומי ההשתתפות העצמי הקבועים בדין הם **תשלומים מרביים** וכי קופות החולים מוסמכות – וכך, כאמור, הן לא אחת נוהגות – ליתן הנחות שונות ואף פטורים מתשלום השתתפות עצמית; לעתים מדובר בהנחות הקבועות במפורש בחקיקה (ראו, למשל, סעיפים 8(ז) ו-8(יז) בחוק ביטוח בריאות), אך כאמור הן אינן מסתכמות בכך.⁶⁷ ההנחות והפטורים משמשים, מטבע הדברים, את קופות החולים בתחרותן האחת בשנייה ובגופים הפרטיים. כידוע, מסים ותשלומי חובה, שיעוריהם ואף הפטורים מהם חייבים להיקבע באופן מפורש בדין ואין הרשות מוסמכת ליתן הנחה או פטור שאינם קבועים בדין (ראו סעיף 1 בחוק-יסוד: משק המדינה; והשוו גם לסעיף 245 בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] ולסעיף 37 בחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975; ראו גם בג"ץ 2875/18 **התאחדות תאגידי כח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל**, פסקה 6 בפסק-דינו של כבוד השופט י' עמית וההפניות שם (פורסם בנבו, 18.6.2019). 'רשות' אינה יכולה לקבוע פטורים והנחות מתשלום חובה לפי שיקול-דעתה; ואלה קבועים במפורש בחקיקה או בחקיקת משנה הקובעות את שיעורם.⁶⁸

לעומת זאת, שונים הם פני הדברים ככל שנוגע הדבר למחיר: משמחירו של מוצר או של שירות נקבע באופן עסקי-מסחרי, אין כל מניעה שהגורם הגובה אותו יפחית את מחירו לפי בחירתו. **עצם האפשרות לתת הנחות ופטורים (אף אם הם לא נקבעו באופן מפורש בחקיקה או בחקיקת המשנה) נותנת אפוא משנה-תוקף למסקנה שתשלומי ההשתתפות העצמית רחוקים במידה משמעותית מלהיות תשלומי חובה וקרובים במהותם למחיר.**

ולא למותר לציין, כי אילו היה מדובר בתשלום חובה, יוצא היה למעשה שקופות החולים – שטענו בהליך דנן כי מדובר בתשלום חובה בשל האינטרסים הכלכליים שלהם – פועלות באופן עקבי ומזה עשרות שנים באופן המנוגד לדין במתן הנחות ופטורים מתשלומי ההשתתפות העצמית אשר אינם קבועים בחקיקה ראשית או מכוח הסמכה מפורשת בה; מסקנה קשה לכל הדעות.

⁶⁷ דוגמות בלתי-ממצות: הנחות שנותנות חלק מקופות החולים על השתתפות עצמית בגין אשפוז של חולים סיעודיים מורכבים (בעיקר לפי מבחני הכנסה); הנחות שנותנות חלק מקופות החולים על השתתפות עצמית בגין ביקור במוקדי לילה, שבתות וחגים; הנחות שנותנות חלק מקופות החולים על השתתפות עצמית בגין ביקור בית בעת שהמרפאה פתוחה. כמו כן, יש לציין, כי במסגרת תכנית הגבייה של קופת חולים מכבי לא צוין כי תשלומי ההשתתפות העצמית הם סכומים מרביים (כך שביכולתה לגבות תשלומים נמוכים יותר) ולמרות זאת היא נותנת הנחות ופטורים במקרים שונים.

⁶⁸ כך, לדוגמה, ככל שמדובר בארנונה הוסמכו רשויות מקומיות בתקנות הסדרים במשק המדינה (הנחה מארנונה), התשנ"ג-1993 ליתן הנחות ספציפיות מארנונה בהתאם לתנאים ולמגבלות שנקבעו בתקנות אלה.

140. **סיכומם של דברים** : תשלומי ההשתתפות העצמית שגובות קופות החולים הם מקרה מובהק – למצער כמו התשלום בגין המים שנדון בעניין **מרכז השלטון המקומי**, אם לא יותר – של תשלום שאינו תשלום חובה, אלא תשלום רצוני שקרוב במהותו למחיר. אופייה של ההשתתפות העצמית, מהותה, מערכת היחסים שבין קופות החולים לבין המבוטחים, קיומן של אלטרנטיבות מסוימות בשוק החופשי והתמורה הממשית, המידית והישירה הניתנת למבוטח נגד ההשתתפות העצמית – מעידים כולם שלפנינו מחיר.

3.ד. הכרעת בית הדין הארצי כי הסמכות העניינית לדון בתובענה ייצוגית נגד קופת חולים מקום בו מתקבלת ההכרעה שהיא 'רשות', בכל הנוגע לגביית תשלומי השתתפות במסגרת שירותי סל הבריאות, היא לבית הדין לעבודה,⁶⁹ ולא לבית משפט לעניינים מנהליים.

141. לנוכח הכרעת בית הדין הארצי הנכבד, כי קופת החולים היא 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות נדרש בית הדין הארצי לדון בשאלה היחס שבין סעיף 54(ב) לחוק ביטוח בריאות לסעיף 5(ב)(2)⁷⁰ לחוק תובענות ייצוגיות.

142. סעיף 54(ב) לחוק ביטוח בריאות קובע במפורש את סמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה לדון: **"בכל תובענה למעט תביעת נזיקין, שבין מבוטח או מי שהוא טוען שהוא מבוטח לבין שר הבריאות, המנהל, המוסד, קופת חולים, נותן שירותים לפי חוק זה, או הועדה שהוקמה לפי סעיף 3א או שבין המוסד לבין קופת חולים או לבין מי שחייב בתשלום דמי ביטוח בריאות"**.

143. סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע, כי לבית המשפט המנהלי הסמכות לדון בתובענה ייצוגית המוגשת נגד 'רשות' כהגדרתה בחוק בתי משפט מנהליים.

144. בית הדין הארצי לעבודה, קבע, פה אחד, כי לשונה הגורפת של הוראה סעיף 54(ב) לחוק ביטוח בריאות, בצד הגדרת סמכותו של בית הדין כסמכות ייחודית בהקשר זה, מלמדת, כי כוונת המחוקק הייתה לרכז את כל התובענות בין הצדדים המפורטים בסעיף בלי קשר לסוג התובענה (פרט לתובענה נזיקית) בבית הדין לעבודה.⁷¹

145. בעניין זה בית הדין הארצי הוסיף וקבע, כי:

"כך גם למשל, באשר לתביעה המוגשת נגד המוסד לביטוח לאומי, בעניינים הנתונים לכתחילה, כתביעת הפרט לסמכותו העניינית של בית הדין לעבודה, כמו גביית יתר של דמי ביטוח. דיון בבקשת לאישור תובענה מסוג זה כייצוגית והדיון בתובענה הייצוגית גופה, אם תתקבל הבקשה לאישור, מקומן בבית הדין לעבודה."

⁶⁹ יוער כבר עתה, כי בסוגיה זו הייתה תמימות דעים בין דעת הרוב לדעת המיעוט, במובן זה שסגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, קבע, כי אם היה מוצא כי קופת החולים היא בבחינת רשות לעניין חוק תובענות ייצוגיות היה מצטרף למסקנה, כי הסמכות לדון בתובענה ייצוגית נגד קופות החולים בכובעה כרשות נתונה לבית הדין לעבודה.

⁷⁰ למען הסדר הטוב יובהר, כי סעיף 5(3) לחוק בתי משפט מנהליים מפנה לפרט 2 בתוספת השלישית לחוק האמור, וזה האחרון מפנה לסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

⁷¹ כאמור לעיל, סגן הנשיאה, כבוד השופט איטח, אף שלדיון קופות החולים אינן רשות לעניין חוק תובענות ייצוגיות, הצטרף לדעת הרוב וקבע שגם לדיון את הוראת סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, יש לפרש כמכוונת לתובענות המצויות מלכתחילה בסמכות עניינית של המערכת הכללית ולא לתובענות המצויות בתחום סמכותו העניינית של בית הדין לעבודה, לכתחילה.

146. כאמור לעיל, ככל שימצא בית המשפט הנכבד לקבוע, כי קופת החולים איננה בבחינת 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות, כי אז ממילא יתייחר הצורך לדון בסוגיה זו.

147. ואולם, ככל שתיוותר הכרעת בית הדין הארצי לעבודה אשר לכך שקופת החולים היא 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות, כי אז יטעים היועץ המשפטי לממשלה, כי השאלה למי הסמכות העניינית לדון בתובענה ייצוגית המוגשת נגד קופת החולים בכובעה כ'רשות' לפי פרט 11 היא שאלה שיש לה פנים לכאן ולכאן. כך, לנוכח הסמכות הייחודית של בית הדין לעבודה לדון בתביעות הפרט, לבין הסמכות הייחודית של בית המשפט המנהלי לדון בתובענות ייצוגיות נגד 'רשות'. כאמור, לעיל דיסהרמוניה זו באה לעולם, אך כפועל יוצא מסיווגה של קופת החולים כ'רשות'.

מכל מקום, ובהינתן שעלינו לדון תחת נסיבות אלה, יבאר היועץ המשפטי לממשלה, כי יש יסוד לסברה שמירב הזיקות מטות את הכף לראות בבית המשפט לענינים מינהליים כערכאה המוסמכת לדון בתובענות ייצוגיות מינהליות שמוגשות נגד 'רשות'.

148. סעיף 54(ב) לחוק ביטוח בריאות מסמך את בתי הדין לעבודה לדון, בין היתר, בתובענה בין מבוטח לבין הקופה. סעיף 54(ב) אינו עוסק ואינו מתיימר להסדיר את נושא התובענות הייצוגיות, ונושא התובענות הייצוגיות כלפי קופות החולים לא הוסדר בסעיף אחר בחוק ביטוח בריאות, גם לאחר שחוקק חוק תובענות ייצוגיות.

149. על הסדרת התובענות הייצוגיות אמון חוק תובענות ייצוגיות. היועץ המשפטי לממשלה יזכיר בהקשר זה, כי סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע, כי:

"לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית..."

לכן, יש ממש בטענה לפיה, אין לפרש את סעיף הסמכות הייחודית הנתונה לבית הדין לעבודה לגבי תביעת פרט, ככזו, שמשתרעת גם על תובענה ייצוגית, כל עוד הדבר לא נקבע בחוק ביטוח בריאות כהוראת חוק מפורשת.

כך, משעה שחוק תובענות ייצוגיות הסדיר באופן מפורש בסעיף 5(ב)(2) את סמכותו של בית המשפט המינהלי לדון בתובענה ייצוגית מינהלית המוגשת נגד רשות בכובעה כ'רשות', לפי פרט 11, וכן מעצם היותה של התובענה המינהלית כזו המצויה ב"סביבת עבודה מינהלית", לאור בחירת המחוקק למקמה בחוק בתי משפט לענינים מינהליים.⁷²

150. בצד זאת יצוין, כי אין חולק כי מומחיותו של בית הדין לעבודה אשר מתבססת מעצם היותו הערכאה בעלת הסמכות הייחודית לדון בתביעות הפרט, שוקלת למצער לעניין הפרשנות התכליתית.

לא למותר לציין בהקשר זה, את ת"צ (מחוזי ת"א) 53786-04-13 שמאי נגד קופת חולים כללית (פורסם בנבו, 9.10.2016), במסגרתו הוגשה בקשה להכיר בתובענה כייצוגית לבית המשפט המחוזי בה המבקש טען שהבקשה מתבססת על פרט 1 (עוסק).

⁷² ע"מ 2978/13 מי הגליל נ' תאגיד הביוב האזורי בע"מ נ' יונס בעמוד 26 (פורסם בנבו, 23.7.2015).

כבוד השופט ענבר קבע, כי טענת קופות החולים כי התובענה אינה באה בגדרי פרט 1 דינה להתברר בבית הדין לעבודה שמוסמך לדון בתובענה לפי פרט 1 כלפי קופה אם תאושר כפי שהוגשה. השופט הוסיף והעיר כי "ככל שיש התנגשות בין הוראתו של סעיף 5(ב) לחוק תובענות ייצוגיות לבין סעיף 54(ב) לחוק ביטוח בריאות נראה כי ידה של ההוראה האחרונה היא על העליונה וזאת בהיותה דין ספציפי הגובר על הדין הכללי".

151. בפסק דינו של בית הדין הארצי הנכבד צוין כך :

"כך גם, למשל, באשר לתביעה המוגשת נגד המוסד לביטוח לאומי, בעניינים הנתונים לכתחילה, כתביעת הפרט, לסמכותו העניינית של בית הדין לעבודה, כמו גביית יתר של דמי ביטוח. דיון בבקשה לאישור תובענה מסוג זה כייצוגית והדיון בתובענה הייצוגית גופה, אם תתקבל הבקשה לאישור, מקומן בבית הדין לעבודה."⁷³

152. ייאמר כבר עתה, כי המקרה של תובענות ייצוגיות המוגשות נגד המוסד לביטוח לאומי רלוונטי לענייננו משעה שבית הדין לעבודה הוסמך בסמכות ייחודית לדון במערכת היחסים בין מבוטח לבין המוסד לביטוח לאומי,⁷⁴ בדומה לסמכות הייחודית אשר נקבעה לבית הדין לעבודה לדון, בין היתר, בתובענות בין מבוטח לבין קופות החולים.

153. עניינו הרואות, כי בית הדין הארצי הנכבד ראה לנגד עיניו, כי הסמכות הייחודית לדון בתובענות ייצוגיות נגד ביטוח לאומי נתונה לבתי הדין לעבודה, ולא לבתי המשפט המנהליים, זאת משעה שתובענות הפרט בין מבוטחים לבין המוסד לביטוח לאומי מוגשות אל בית הדין לעבודה מכוח סמכותו הייחודית הקבועה בחוק.

154. ואולם, בהקשר זה חשוב לציין, כי למיטב ידיעתנו תובענות ייצוגיות המוגשות נגד המוסד לביטוח לאומי מתנהלות בבתי המשפט המנהליים.⁷⁵

155. מכל מקום, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי לא היה מקום וצורך להגיע לבחינתה של השאלה האמורה כלל ועיקר, משעה שקופות החולים אינן עונות על הגדרת גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין – לא לעניין חוק יסוד: השפיטה, לא לעניין חוק בתי משפט מנהליים, ומכאן גם שלא לעניין חוק תובענות ייצוגיות.

⁷³ פסקה 22 לפסק דינו של כבוד השופט פליטמן.

⁷⁴ סעיף 391 לחוק הביטוח הלאומי, תשנ"ה-1995.

⁷⁵ כך לדוגמא ת"צ (מינהליים ת"א) 31733-01-10 **ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 15.07.2010); כך גם ת"צ (מחוזי מרכז) 35233-01-12 **קראוני נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 23.07.2012). בשולי הדברים יצוין, כי לאור פסק דינו של בית הדין הארצי מושא הליך זה בהליך ת"צ 28513-11-17 **טישמן נ' המוסד לביטוח לאומי** הגיש הביטוח הלאומי בקשה להעביר את הדיון בתיק לבית הדין האזורי לעבודה. כבוד השופטת מיכל נדב קבעה כי הבקשה תידון במסגרת דיון הקדם שייקבע.

כללו של דבר,

156. על יסוד מכלול הדברים האמורים, יטעים היועץ המשפטי לממשלה, כי לאחר שקילת מכלול הטיעונים והשיקולים הצריכים לעניין, לכאן ולכאן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שהפרשנות הנכונה של הוראות הדין הרלוונטיות, אשר נמצא לה גם תימוכין בהלכה הפסוקה, היא כי קופות החולים, המהוות לכל הדעות גוף דו מהותי מן המעלה הראשונה, אשר אמון על אספקת שירות חיוני, אינן עונות על הגדרת 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות.

157. כך, בהיבט הפרשני של דברי החקיקה על פי לשונם, קשריהם והקשרם, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי יש יסוד איתן לסברה כי קופות החולים לא הוכרו כגוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין לעניין חוק יסוד: השפיטה וחוק בתי משפט מנהליים, ומכאן שאין הן כאלה גם לעניין חוק תובענות ייצוגיות. מסקנה זו, מתיישבת גם עם הפרשנות התכליתית של חוק תובענות ייצוגיות, הן בהיבט הסובייקטיבי והן בהיבט האובייקטיבי.⁷⁶

158. בצד זאת, מכלול המאפיינים של פעילות קופות החולים, החל בחלוקת האחריות בין קופות החולים לרשויות המדינה המופקדות על רגולציה ופיקוח; עבור בקיומה של רגולציה ענפה אשר אינה מקרבת את קופות החולים להגדרה 'רשות' אלא להיפך מחדדת את ההבדל בין לבין רשויות המדינה; דרך אופי השיקולים שחופשייה הקופה לשקול עת היא מגבשת תכנית גבייה, כל אלה ועוד, מטילים את הכף אל עבר המסקנה, כי קופת החולים אינה בבחינת 'רשות' לעניין חוק תובענות ייצוגיות.

159. זאת ועוד; היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי תשלומי ההשתתפות העצמית שגובות קופות החולים בגין שירותי הסל שהן מעניקות למבוטחיהן אינם בבחינת "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" לעניין פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, אלא מהוות תשלום שבמהותו הוא מחיר.

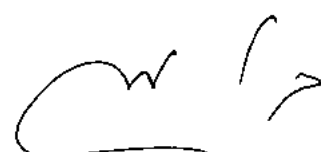
160. אשר לסוגיית הסמכות העניינית לדון בתובענה ייצוגית נגד קופת החולים, מקום בו מתקבלת הכרעה שהיא 'רשות', בכל הנוגע לגביית תשלומי השתתפות במסגרת שירותי סל הבריאות, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי אף שיש פנים לכאן ולכאן, הכף נוטה אל עבר הכרעה כי הסמכות לדון בתובענה ייצוגית לפי פרט 11 נתונה לבית המשפט המנהלי.



מיכל לייסר

סגנית מנהלת המחלקה למשפט העבודה

פרקליטות המדינה



חן אבידוב, עו"ד

סגן בכיר במחלקה הפיסקאלית

פרקליטות המדינה

היום, כ"ב תמוז תשע"ט, 25 יולי 2019

⁷⁶ אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ראשון, עמודים 117-119 (1992).