

המבקש:

רותם מרקוביץ

ע"י ב"כ עו"ד נופר טל

טל': 037357100 ; פקס: 037357238

- נ ג ד -

המשיבים:

שירותי בריאות כללית אגודה עותמנית

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד ליפא מאיר ושות', עורכי דין

טל': 03-6070600, פקס: 03-6070666

מתייצב להליך:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות מחוז דרום - אזרחי

מרח' קרן היסוד 4, באר שבע, 84158

טל': 073-3801222, פקס: 02-6467058

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 16.7.2017, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה ליתן עמדתו בסוגיה שעניינה -

"אופן קביעת מחירים מרביים לתרופות שאינן תרופות מרשם, שמחירן נתון לפיקוח, למכירה בבתי מרקחת באילת – האם צריך להיות מחושב, על פי מחיר מרבי הכולל את רכיב המע"מ, אם לאו".

בקצירת האומר, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי על אף שמוסד ללא כוונת רווח (להלן: "מלכ"ר") אינו חייב בתשלום מע"מ על עסקאותיו, אין בכך כדי לשלול את האפשרות שהמחיר המירבי הניתן לגבייה על ידי קופות החולים באילת, ובכלל אזורי הארץ, יהיה בהתאם ל"מחיר הקובע" הסופי לצרכן (להלן: "המחיר הקובע"), כפי שהוא מופיע במחירון משרד הבריאות ובאופן הכולל את כלל הרכיבים והתשומות המרכיבים את מחיר התכשיר.

כלומר: על אף שמלכ"ר אינו חייב במע"מ על עסקאותיו ועל כן אינו גובה מע"מ מהצרכן הסופי, המחיר המירבי שהוא יכול לגבות בגין תרופות ללא מרשם יכול להיות שקול או יכול להגיע עד לגובה המחיר המופיע בעמודה שבמחירון הנושאת את הכותרת "כולל מע"מ".

לצד זאת, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להבהיר, כי עצם השימוש במונח "מע"מ" במסגרת פרסום המחירים הקובעים באתר משרד הבריאות אינו מדויק והשימוש במונח זה אינו משקף נאמנה את משמעות המחיר הקובע ורכיביו השונים.

טרם יפרט היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו, יובהר כי הטעם שבשלו המשיבה 1, שירותי בריאות כללית (להלן: "הקופה"), אינה יכולה לגבות מע"מ על עסקאותיה נעוץ בסיווגה כמלכ"ר על פי חוק מס ערך מוסף, התשל"ו – 1975 (להלן: "חוק המע"מ"). מטעם זה היא גם לא יכולה להפחית את מס התשומות ששילמה בגין רכישותיה. משכך ברור הוא שהוראת הפטור שבסעיף 5(ג) לחוק אזור סחר חופשי באילת (פטורים והנחות ממסים), התמ"ש – 1985 (להלן: "חוק אסח"א"), שמכוחה ניתן פטור ממס ערך מוסף על מכירתם של טובים המצויים באזור אילת בידי עוסק תושב אילת, אינה מיועדת לחול על פעילותה של הקופה.

עוד יובהר, כי חישוב גובה התשלום שאותו רשאית קופת חולים לגבות ממבוטחיה, מוסדר במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי התשנ"ד – 1994 (להלן: "חוק ביטוח בריאות ממלכתי"), כפי שיפורט להלן, באופן שבו למעשה בכל הארץ גובה הקופה ממבוטחיה סכומים זהים המהווים את השתתפות העצמית של המבוטח במחיר התרופה, ובכלל זה באילת. לעובדה זו אין כל קשר להיבטים של מע"מ – שכאמור אותו הקופה אינה גובה – אלא לטעמים הנובעים מחוק בריאות ממלכתי.

לנוכח מורכבות הסוגיה הנובעת מהיבטים אלה ומההשפעות התקציביות מרחיקות הלכת, יבקש תחילה היועץ המשפטי לממשלה, לעמוד להלן על התשתית המשפטית הנוגעת לגביית השתתפות עצמית על ידי קופות החולים, והתשתית המשפטית הנוגעת לפיקוח על מחירי תרופות ללא מרשם. לאחר מכן יפרט היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו שלפיה גביית המחיר הקובע של תכשירים ללא מרשם על ידי קופות החולים נעשית כדין.

צו הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים

1. בשנת 2001 תוקנו צו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (החלת החוק על תכשירים) תשס"א – 2001 (להלן: "צו ההחלה"), וכן צו הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (מחירים מרביים לתכשירים שהם תכשירי מרשם) התשס"א – 2001 (להלן: "צו תכשירים מרשם").
2. צווים אלה תוקנו מכוח חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים התשנ"ו-1996 (להלן – "חוק הפיקוח"), אשר מסדיר את סמכות הממשלה להפעיל פיקוח על מחירים של מצרכים ושירותים. בהתאם לצווי הפיקוח, מצויים כיום תחת פיקוח הן תרופות מרשם והן תרופות ללא מרשם.

3. החוק מגדיר שלושה מסלולים לביצוע הפיקוח: פרק ה' לחוק הפיקוח – קביעת מחירים על ידי השרים, פרק ו' לחוק הפיקוח – בקשה להעלאת מחיר, ופרק ז' לחוק הפיקוח – דיווח על מחירים ורווחיות.

4. התקנת צו פיקוח כאמור טעונה המלצה של ועדת המחירים או היועצות עם הוועדה, שהוקמה מכוח סעיף 3 לחוק הפיקוח, וחברים בה שני נציגי משרד האוצר, אחד מהם יושב-ראש הוועדה, ושני נציגי המשרד שבתחום סמכותו המצרך או השירות, ובהם המפקח על המחירים. יחד עם זאת, השר רשאי שלא לקבל את המלצת הוועדה, מנימוקים שיירשמו (סעיף 13(ב) לחוק הפיקוח).

5. בשנת 2001 תוקנו צו ההחלה וצו תכשירים מרשם. הצווים תוקנו לאחר עבודה מקצועית של ועדות מקצועיות שונות, בהן ועדת המחירים, המורכבת מנציגי משרד הבריאות ומשרד האוצר. יצוין, כי שני הצווים תוקנו בהתאם להחלטות הממשלה בעניין, וכן כאמור בהתאם להמלצות ועדת המחירים שבחנה את רכיבי המחיר המפוקח.

פיקוח על מחירי תרופות מרשם

6. מחירי תרופות המרשם במדינת ישראל נקבעים מכוח חוק הפיקוח וצו תכשירים מרשם. בשנת 2001 השתנתה שיטת הפיקוח והתמחור לתרופות המרשם ועברה משיטה הבוחנת את עלויות התשומות, או את פונקציית הייצור של התרופה (cost plus) לתמחור המבוסס על בחינת מחירי שוק הנהוגים במדינות דומות, שמהם נגזר מחיר נורמטיבי המשקף את העלות לקמעונאי של תרופות במדינות הייחוס. מודל זה התבסס על מודל שיושם באותה העת בהולנד ונהוג כיום ברוב מדינות ה-OECD (להלן: "המודל ההולנדי").

7. בשנת 2001, בהתאם ל"מודל ההולנדי", נקבעו אפוא מחירי התרופות בארץ **כממוצע מחירי התרופות במספר מדינות המנויות בתוספת**, (אשר במהלך חיי הצו נעשה בהן שינוי מספר פעמים) **או בהולנד**. בנוסף, השווה המודל בין תכשירי מרשם, ללא קשר לארץ הייצור (תכשירים מייצור מקומי או תכשירים מיובאים). מכיוון שמחירי התרופות מתעדכנים פעם בשנה בלבד, הצו קבע מנגנון עדכון מיוחד, המתבצע כיום ביום הראשון בחודש יולי בכל שנה, כאשר חל שינוי ממוצע העולה על 3% בשערי החליפין של המטבעות.

8. בהתאם להוראות הצו, על המפקח על המחירים לפרסם אחת לשנה "מחירון". פרסום המחירון נעשה על ידי אגף תכנון, תמחור ותקצוב במשרד הבריאות. במחירון, נכלל טור ובו המחיר המירבי לצרכן כולל מע"מ. זהו המחיר המירבי שמותר לגבות עבור התכשיר. מחיר זה משמש את כלל הציבור ובעלי העניין. ניתן לראות את פרסום המחירונים באתר המרשתת של משרד הבריאות:

<https://www.health.gov.il/Subjects/Finance/DrugPrice/Pages/default.aspx>

המחירון כולל מספר עמודות שבהן נקובים הנתונים הרלבנטיים לקביעת המחיר הקובע על פי הצו. עמודה אחת עוסקת במחיר הקובע שחל על הסיטונאי (שהוא המחיר הממוצע במדינות העולם לפי הצו (ללא התייחסות לרכיב המע"מ הנהוג לפי אותה המדינה). על המחיר האמור

מתווסף מרווח הרוקח, ועל בסיסו נקבע המחיר הקובע שהוא המחיר המירבי לצרכן שמותר לקמעונאי למכור בו, בין אם הוא עוסק שחב במע"מ ובין אם הוא מלכ"ר שלגביו קיימות הוצאות אחרות (העדר האפשרות לנכות מס תשומות ומס שכר).

9. אין ספק, כי עם כתיבת צו הפיקוח וביצועו, לא ניתנה תשומת לב מספקת לנכונות השימוש במונח "כולל מע"מ". הכוונה בטור זה היא לציין את המחיר הקובע שמטבע הדברים מביא בחשבון את כלל העלויות החלות עד לשיווק, לרבות עלויות הרכישה, עלויות של מרווח הרוקח וכו'.

פיקוח על מחירי תרופות ללא מרשם

10. נכון להיום, מחירי תרופות ללא מרשם המנופקות רק על ידי רוקח (להלן גם: "תרופות/תכשירי OTC") מפוקחים לפי פרק ו' לחוק הפיקוח – בקשה להעלאת מחיר; ומחירי תרופות ללא מרשם המותרות בשיווק כללי (GSL) מפוקחים לפי פרק ז' לחוק הפיקוח – דיווח על מחירים ורווחיות, ולא נקבע לגביהן מחיר מפוקח.

11. עד לשנת 2001 התקיימו בארץ 2 מנגנונים לפיקוח על מחירי התרופות, האחד לתרופות מיובאות והאחר לתרופות מתוצרת הארץ. מסיבות של בטלות הצו הנוהג בוטל הפיקוח על מחירי תרופות הייבוא בשנת 1998, וכך עד ל-2001 נוצר ריק פיקוחי, בעוד שתרופות מתוצרת הארץ נותרו תחת הפיקוח שנהג מתוקף צו שהוחל ב-1991, שמהותו קביעת מחירים בשיטת cost plus. כאמור לעיל, בשנת 2001 נערכה רפורמה בפיקוח על מחירי תרופות מרשם, כאשר קביעת מחיריהן נעשתה באופן של ציטוט מחירים. במסגרת אותו שינוי כללי, הוסר הפיקוח על מחירי התרופות ללא מרשם ב-1 ביוני 2001. עם הסרת הפיקוח, עלו מחירי התרופות ללא מרשם בעשרות אחוזים בממוצע. נוכח האמור, בספטמבר 2001 החליטו שרי הבריאות והאוצר להשיב את הפיקוח על מחירי התרופות ללא מרשם.

12. בהתאם, בחודש ספטמבר 2001 תוקן צו תכשירים מרשם וצו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (קביעת רמת פיקוח על תכשירים) (הוראת שעה) התשס"ד-2004.

• העתק הצווים מצורף כנספח 1 לעמדה זו.

13. במסגרת הצווים קובעו תחילה המחירים לצרכן שהיו נהוגים עד ליום 5 לאוגוסט 2001, והוחלט על עריכת מחירון שיופקד לעיון הציבור.

14. דהיינו, מחוקק המשנה קבע כי מחירו של כל תכשיר הוא מחירו ביום הקובע (5.8.2001), ואסור לשווקו במחיר שהוא גבוה יותר ממחיר זה. בהתאם להוראות החוק, למשווקים ישנה אפשרות לפנות למפקח על המחירים בבקשה ל"העלאת מחיר". **כלומר המחיר המירבי שמותר לגבות**

עבור תרופה ללא מרשם הינו המחיר שאושר על-ידי המפקח על המחירים בבקשת ההעלאה האחרונה, וככל שלא אושרה העלאה, המחיר הקובע הוא מחיר התכשיר ביום החלת הצו.

15. כשירות לציבור משרד הבריאות מפרסם אחת לתקופה מחירון של תכשירים ללא מרשם באתר המרשתת של המשרד. המחירון משקף נאמנה, ביום פרסומו, את המחירים הקבועים לתרופות OTC.

16. יצוין, כי מתכונת הפרסום של מחירוני תכשירים ללא מרשם, שכאמור מפורקחים לפי פרק ו' או ז' לחוק הפיקוח, נעשתה בדומה למתכונת הפרסום של מחירוני תכשירי מרשם שמפורקחים לפי פרק ה' לחוק ומחירים נקבע כאמור בהתאם למנגנון הקבוע בצו הפיקוח. לאור כך, גם בפרסומים אלה מופיעה עמודה של מחיר לצרכן ועמודה נוספת של מחיר לצרכן כולל מע"מ.

17. כאמור, הצגת המחיר לתשלום במחירון כמחיר "כולל מע"מ" אינה מדויקת ואינה משקפת נאמנה את משמעות המחיר הקובע. ואולם, בפועל, התכלית נכונה ונועדה להבטיח שהמחיר המשולם על ידי הצרכן יגזור באחוזים מהעלויות של המחיר הסופי של התכשיר. למעלה מן הצורך יצוין, כי ממילא מטעמים של שמירה על איזון תקציבי של קופות החולים שינוי טור הייחוס לצורך חישוב ההשתתפות העצמית לא היה מועיל לחברי קופות החולים שכן שיעור ההשתתפות העצמית או דמי החבר לשירותי בריאות נוספים (להלן: "שב"ן" או "ביטוחים משלימים") היו עולים בהתאם.

18. לכך יש להוסיף, כי שיטת הפיקוח שנקבעה לתכשירי OTC הינה פיקוח לפי פרק ו' לחוק – בקשה להעלאת מחירים – כאשר נקודת הייחוס הינה רמת המחירים שנגבו בחודש אוגוסט 2001. כאמור לעיל, קיבוע המחיר נעשה בהתאם למחיר שנגבה בפועל בהתאם לתנאי השוק החופשי בחודש אוגוסט 2001. מטבע הדברים, בתנאי שוק חופשי, המחיר שנגבה בפועל על ידי קופות החולים היה דומה או זהה למחיר שנגבה על ידי "העוסקים", ומכל מקום ודאי לא היה מחיר הנמוך ב-17% (גובה המע"מ) מהמחיר אותו גבו "העוסקים". מכאן, שאין כל הגיון בקיבוע מחיר מרבי שונה לקופות החולים ולעוסקים, ודומה כי העמודה הנוספת במחירון של משרד הבריאות נוספה שלא מתוך כוונה להחילה דווקא על קופות החולים.

חישוב השתתפויות עצמיות לשם הבטחת איזון תקציבי

19. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, מסדיר את מתן שירותי הבריאות הציבוריים בישראל, את סל השירותים, ואת כלל פעילותן של קופות החולים לרבות שירותי הבריאות הנוספים.

20. סעיף 13 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, שעניינו מקורות המימון של קופות החולים קובע, כי אחד מהמקורות למימון שירותי הבריאות הניתנים לפי חוק זה יהיו התקבולים המתקבלים כתוצאה מהשתתפויות עצמיות של המבוטחים, וזאת בהתאם להוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק, או תקבולים המתקבלים במסגרת הביטוח המשלים בהתאם להוראות סעיף 10 לחוק.

21. סעיף 8 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, מאפשר לקופות החולים להציע תוספות לסל שירותי הבריאות בדמות **תשלומים נוספים שיחולו על החברים עבור שירותים בסל ומעבר לו** (וראו הוראת סעיף 8(א)(1)(ג) לחוק).

22. מכוח סעיף 8(א1) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, אושרו תכניות גבייה, המתייחסות לתרופות בסל שירותי הבריאות אשר מפורטות בחוזר סמנכ"ל לפיקוח על קופות חולים מס' 05/2017 – (המתעדכן מידי שנה). עדכון התשלומים בעד שירותי בריאות ותרופות לשנת 2016 מפורסם באתר המרשתת של משרד הבריאות.

23. השיטה, אשר הופיעה בכלל תכניות הגבייה האמורות, הינה "השיטה האחוזית". **בהתאם לשיטה זו, שיעור השתתפות המבוטח עבור כל תרופה מחושב כאחוז ממחיר התרופה המירבי לצרכן, או המחיר הקובע, לפי העניין.**

24. יצוין, כי תכניות הגבייה שהוצעו על ידי קופות החולים הינן תכניות גנריות, והן אינן מתייחסות לכל תרופה ותרופה בנפרד, אלא קובעות את **שיעור ההשתתפות העצמית שניתן לגבות מן המבוטחים ביחס לתרופות במחירים שונים.**

25. תכניות לשב"ן, המוצעות על ידי קופות החולים, מאושרות על ידי המפקח על קופות החולים, וזאת מכוח סעיף 10 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. במסגרת תכניות אלו מציעה הקופה למבוטחיה סל שירותים נוסף ובו גם רשימת תרופות, שלא כלולות בסל הבסיסי, וגם במקרה זה ההשתתפות העצמית של המבוטח במחיר התרופה נקבעת מראש, כאחוז מתוך המחיר המירבי לצרכן או המחיר הקובע, לפי העניין.

26. עוד יובהר, כי גם כשהתכשירים הכלולים בתכנית השב"ן של הקופה אינם נמצאים בסל השירותים הבסיסי, אך ניתנים למבוטחי קופת החולים שאינם חברי תכנית השב"ן, תשלום המבוטח עבורם מוסדר באמצעות תכניות הגבייה, המוזכרות בחוזר 5/2017. בחוזר נקבע, כי במקרה זה ישלם המבוטח שאינו חבר בתוכנית השב"ן עבור התרופה את המחיר המירבי. גם תשלומים אלה הם חלק מתוכנית הגבייה ומצריכים אישור של הסמנכ"ל לפיקוח על קופות החולים ושב"ן. יצוין, כי ביחס לתכניות הביטוחים המשלימים (השב"ן) חוק ביטוח בריאות ממלכתי מטיל חובה על הקופה לוודא, כי השירותים בתכניות אלו יינתנו תוך איזון תקציבי (סעיף 10(ו) לחוק) ותוכניות הביטוח המשלים שמאושרות אמורות להביא את הקופות לעמידה בכך.

27. לאור האמור, ברור כי השתתפות עצמית המשולמת על ידי המבוטח לקופות החולים, בין ביחס לתרופות שהן בסל הבריאות הבסיסי ובין ביחס לתרופות במסגרת השב"ן (גם במקרה שבו המבוטח רוכש תרופה זו למרות שהוא אינו חבר בתוכנית השב"ן) מהווה אחד ממקורות המימון של קופות החולים ומהווה נדבך חשוב מתכנית הגבייה המאושרת.

28. ודוק: שיעור ההשתתפות העצמית שנקבע במסגרת תוכניות הגבייה שמוגשות על ידי קופות החולים, וכן שיעור ההשתתפות העצמית שנקבע במסגרת הביטוחים המשלימים, נבדקים ומאושרים, כאמור, על ידי משרד הבריאות (שינויים בתוכניות הגבייה מאושרים גם על ידי ועדת הכספים של הכנסת). מאחר שהקופה נדרשת לרכוש את התרופות שאותן היא מוכרת, התרומה של הסכומים שנגבים להשגת איזון תקציבי עומדת לנגד עיני הגורם המאשר.

29. בהקשר זה חשוב לציין, כי שיעור ההשתתפות העצמית במסגרת תכנית הגבייה או תכניות הביטוחים המשלימים נגזר באחוזים מהמחיר הקובע המפורסם על ידי משרד הבריאות, שהוא שקול למחיר כולל מע"מ. כך, יושמו תכניות אלו בכל השנים מאז הן נוהגות, ואין מחלוקת כי

כך נוהגות כלל קופות החולים. על בסיס זה נקבעו גם תקציבי קופות החולים, וניתן אישור משרד הבריאות לתוכניות אלו.

אם קביעת שיעור ההשתתפות העצמית במסגרת תכנית הגבייה או תכניות הביטוחים המשלימים הייתה נעשית ביחס למחיר הקובע שאינו שקול למחיר כולל מע"מ, היה נקבע שיעור השתתפות גדול יותר, כדי להבטיח שמירה על איזון תקציבי. הסכום היה אותו הסכום, רק שהאחוז של ההשתתפות העצמית מתוך הסכום הקובע או דמי החבר היו גבוהים יותר. יוצא מכך, שגם אם נניח לצורך הדיון שהתובעים צודקים בתביעתם ושיעור ההשתתפות היה צריך להגור מהסכום ללא מע"מ (ועמדת היועץ המשפטי לממשלה היא אחרת כאמור), חברי הקופות בכל מקרה לא ניזוקו.

בהקשר זה יציין היועץ המשפטי לממשלה, שקופות החולים הן מלכ"רים שמספקים שירות חיוני לציבור (שירותי בריאות לפי חוק בריאות ממלכתי), אשר רוב רובן של הכנסותיהן מגיעות מדמי ביטוח בריאות ומהעברות של המדינה, ויתרת הכנסות מגיעה מהשתתפויות עצמיות שכולן מפקחות. קופות החולים אינן גופים עסקיים שמטרתם להשיא רווחים. במצב דברים זה, ברי כי תכניות הגבייה ותכניות הביטוחים המשלימים הנקבעות לפי חוק נועדו להשלים את מקורות המימון הדרושים לצורך מתן שירותי בריאות חיוניים למבוטחים וכל גירעון שייגרם מחייב מציאת מקורות מימון חלופיים שבכל מקרה היו מוטלים על כתפי הציבור.

30. יתרה מכך, בשונה מ'עוסק', קופות החולים שמסווגות כמלכ"ר, אמנם אינן חייבות בתשלום מע"מ אך מנגד הן אינן יכולות לנכות את מס התשומות שמשולם בגין רכישת המוצרים והן חייבות במס שכר. על הקופות לממן עלויות אלו, כמו גם את כל ההוצאות שהן נושאות בהן, בין היתר, באמצעות ההשתתפות העצמית. עובדות אלו מקבלות ביטוי באישור תכניות הביטוח המשלים ובקביעת ההשתתפות העצמית או דמי החבר של המבוטח וזאת, בשל הצורך להבטיח איזון תקציבי.

31. קביעת המחיר הקובע שיכול להיות שקול או להגיע עד למחיר הכולל מע"מ, אינה הופכת את התשלום המשולם לקופה ל-"תשלום מחיר כולל מע"מ", כפי שיפורט להלן. עמידה על הבחנה זו חשובה לאור העובדה, כי הקופה כאמור איננה 'עוסק' אלא מלכ"ר ולכן היא אינה גובה מע"מ בגין עסקאותיה ואינה יכולה לנכות את מס התשומות ששילמה בגין רכישת התרופה.

32. למעלה מן הצורך יצוין, שאין בתגובה זו כדי לגרוע מאפשרות סיווגה של הקופה כ'עוסק' לעניין מכירת תרופות. כידוע, מבחינת דיני המס, תיתכן דואליות בסיווג הקופה כאשר במקטע פעילות אחד היא תוגדר כ'רשות', ואילו במקטע אחר היא תוגדר כ'עוסק'. עמדת היועץ המשפטי לממשלה אינה עוסקת בסוגיה זו, אך כאמור, קיימת אפשרות לסיווג הקופה באופן שונה בהתאם לסוג פעילותה.

התייחסות לתכשירים מושא הבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית

33. הבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית נוגעת לרכישה של שני תכשירים ללא מרשם, בבית המרקחת של קופת חולים כללית, במסגרת ביטוח "כללית מושלם" (ביטוח משלים). התכשירים שנרכשו על ידי התובע הם Novimol Tiptipot, Bepanthen 5%. לאור האמור, התשלום אותו

שילם המבוטח לבית המרקחת הוא **ההשתתפות העצמית** כפי שזו נקבעה לשני תכשירים אלה במסגרת תכנית הביטוח המשלים.

34. כפי שפורט לעיל, במסגרת תכנית הביטוח המשלים שאושרה נלקחה בחשבון ההשתתפות העצמית שחושבה בהתאם למחיר הקובע הסופי והמלא של התכשיר (או ביחס לתכשיר מרשם – המחיר המירבי לצרכן של התכשיר). המחירים הללו מופיעים בפרסומי המחירון שנעשים בידי משרד הבריאות כמחיר המירבי לצרכן כולל מע"מ. מבלי לשוב ולפרט את כל הנימוקים שפורטו בהרחבה בעמדה זו, יובהר כי הם עומדים בעינם גם בהתייחס לתכשירים מושא בקשה זו.

35. כפי שעולה מסעיף 26 לבקשה, גם התובע הייצוגי ער לכך שההנחה הניתנת למבוטח בתכנית הביטוח המשלים, והעובדה שהמבוטח נדרש לשלם השתתפות עצמית בלבד, משתקפת בסופו של דבר במחיר נמוך יותר של התרופה, והדרך החישובית באמצעותה מגיעים לשיעור ההנחה הנומינלי היא בעלת חשיבות שולית.

36. כך, מדגים התובע, כי ביחס למוצר הראשון (Novimol) התובע שילם עבור התכשיר במסגרת הביטוח המשלים סכום של 17.88 ש"ח, במקום המחיר המלא של התכשיר. יחד עם זאת, ככל שקופת החולים הייתה נדרשת לגבות את ההשתתפות העצמית מן המחיר הקובע השקול למחיר ללא מע"מ (22.20 ש"ח במקום 24.68 ש"ח שהוא המחיר כולל מע"מ) היה צורך לבצע "התאמה" של הכנסות תכנית השב"ן או בדרך של הגדלת אחוז ההשתתפות העצמית עוד בשלב אישור תכנית הביטוח המשלים, וזאת בכדי להגיע לאותה תוצאה נומינלית (17.88 ש"ח) או לחילופין, בדרך של הגדלת גובה תשלום הפרמיה החודשי ועל מנת להבטיח איזון תקציבי של התכנית לאורך זמן.

37. אותו תהליך הודגם על ידי התובע גם באשר לתכשיר השני 5% Bepanthen, אשר גם ביחס אליו הייתה מתבצעת "התאמה" בשיעור ההשתתפות העצמית או בתשלום הפרמיה החודשית עוד בשלב אישור תכנית הביטוח המשלים.

38. בכל מקרה הסכום המצרפי שהיה נגבה מהחברים בתור דמי חבר או השתתפות עצמית היה זהה לסכום הנגזר היום מהמחירון, וממילא לא צפויה תועלת לחברים בתוכניות אלו מגזירת ההשתתפות העצמית של המבוטח ממחיר שהוא שקול למחיר ללא מע"מ.

39. לאור זאת, ברי כי טענת התובע הייצוגי היא טענה טכנית חשבונאית, ולא מהותית. זכויותיהם של המבוטחים לקבלת ההנחה בהתאם לתכניות הביטוח המשלים לא נפגעות, אלא ממומשות בהתאם למבנה ולרציונל של תכניות הביטוח המשלים (הקובעים את שיעור ההשתתפות העצמית כאחוז מן המחיר הקובע הסופי). עוד יצוין, כי לו תתקבל טענת התובע הרי שהיא תחייב התאמה חשבונאית/תקציבית של תכניות הביטוח המשלים.

40. לסיכום, עבור ניפוק התכשירים נושא התביעה, שהם תכשירים ללא מרשם, ואשר נופקו לתובעים במסגרת תכנית לביטוח משלים של קופת החולים, שיעור ההשתתפות העצמית שנקבע לצורך תכנית הביטוח המשלים שאושרה, נקבע ביחס למחיר השקול למחיר התכשיר הקובע שהוא המחיר המלא כולל מע"מ ומכאן שגביית קופת החולים, נעשתה כדין.

41. לחלופין, היועץ המשפטי לממשלה יטען, כי מהנסיבות שתוארו לעיל והחשש לפגיעה באיזון התקציבי של קופות החולים, ההשבה אינה צודקת בנסיבות העניין.

תכליתן של תוכנית הגבייה ותוכניות הביטוחים המשלימים היא סוציאלית (שוויון בין המבוטחים והנגשת שירותי בריאות) כך שחלק מההשתתפויות הן במחיר קבוע, חלקן במחיר מלא, חלקן בשיעור מהמחיר המלא וחלקן בהנחה. כל זאת, בעוד שכלל המבוטחים בתכניות השב"ן משלמים מחיר פרמיה אחיד (לפי קבוצות גיל). יובהר, כי גם בתכניות הביטוחים המשלימים (שב"ן) הקופות מחויבות לקבל את כלל המבוטחים המבקשים להצטרף לתכנית, ואינן יכולות לדחות מבוטחים מלהצטרף לתכנית או להתנות את ההצטרפות בחיתום רפואי כפי שעושות חברות הביטוח. משכך, ישנה חשיבות רבה להשגת האיזון התקציבי על ידי הקופות.

לאור האמור, אפילו תתקבל טענת התובע הייצוגי, בהנחה שתצליח להתגבר על כל המשוכות ויימצא שמבוטח זכאי להשבה כלשהי בשל רכישות שביצע במשך השנים, הנזק המצרפי שיגרם לציבור יעלה על התועלת, עת תידרש התאמה תקציבית שתוביל להתייקרות עלות תכניות הביטוח המשלים לכלל מבוטחי הקופה.

42. לבסוף יצוין, כי ביום 26.6.2018 התקבל פסק דינו של בית הדין הארצי בע"ע (ארצי) -20139-09-15 **מכבי שירותי בריאות נ' אייל קוצ'ינסקי** (פורסם בנבו, 26.06.2018) שבו נקבע כי יש לראות את קופות החולים, לעניין חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006, כ'רשות' ובהתאם להחיל על קופות החולים את ההגנות שלהן זכאיות רשויות מכוח חוק תובענות ייצוגיות. השלכות פסק הדין נבחנות על ידי היועץ המשפטי לממשלה וככל שיהיה בכך צורך תוגש השלמת עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה. ברי, כי בכל מקרה, אם וככל שיבקש היועץ המשפטי לממשלה להוסיף טיעון בעניינן של תובענות אלו המושתת על ההלכה האמורה, יהיה בטיעון זה כדי להוות טיעון חלופי על הטיעון העיקרי האמור לעיל, אשר לפיו אין התובעים בעלי עילת תביעה ואין הם זכאים להשבה.



לירון שי, עו"ד

ממונה בפרקליטות מחוז דרום - אזרחי