

### מעקב פסיקה

ת"צ (מרכז) 10270-12-10 מלכה שמול נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 23.12.2018); ערכאה: בית המשפט המחוזי מרכז- לוד, מפי השופטת אסתר שטמר:

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, מפי השופטת אסתר שטמר, דחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה עריכת ניסויים קליניים בחולים קשישים בבתי החולים "קפלן" ו"הרצפלד" (אשר בבעלות "שירותי בריאות כללית") שלא כדין בשנים 2005-2000. המבקשים, הינם יורשי המנוח מימון שמול ז"ל, אשר היה מאושפז בבית החולים "קפלן" שבבעלות המשיבה. לטענת המבקשים, הניסויים הקליניים לא עמדו בכללים המקובלים לעריכתם. כחלק מהכללים, נדרש אישור "ועדת הלסינקי" ו"ועדת הלסינקי העליונה" וקבלת הסכמה מהמטופלים/אפוטרופוסים לאחר קבלת הסבר על פרטי הניסוי.

ביהמ"ש דחה את בקשת האישור נוכח קביעתו בדבר העדר סמכות עניינית לדון בבקשה שכן קופת החולים אינה נחשבת "עוסק" אלא מתפקדת כגוף דו-מהותי כנקבע בעניין צ'רטוק.<sup>1</sup> מכאן שאין התובענה נכנסת בגדרי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק.<sup>2</sup> בית המשפט קבע כי לעניין המחקרים הקליניים, בדומה לכל פעילות שמבצעת קופת החולים במסגרת חובותיה לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי,<sup>3</sup> קיימת חזקה עובדתית שבמתן שירותיה ברפואה תיחשב כ"רשות" ולא כ"עוסק".

סעיף 3 בחוק תובענות ייצוגיות אינו כולל הגדרה של "רשות" אך מפנה לסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים<sup>4</sup> שם מוגדרת רשות כך: "רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". ביהמ"ש קבע, שקופת החולים אינה "רשות מרשויות המדינה" או "רשות מקומית" ולכן בחן את פעולותיה כ"גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין". נקבע כי במילוי תפקידי קופת החולים היא אכן ממלאת תפקיד ציבורי על פי תכני הפעולה שנקבעו בדין.<sup>5</sup> בקביעה זו, מסתמך ביהמ"ש על כך שהפעילות דן עוסקת במתן שירות רפואי, שזהו תפקידה של קופת חולים כנדרש בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, ועל כן נובע מפעילותה על פי דין ומהווה חלק ממילוי חובותיה.<sup>6</sup> במקרה דנן, הראיות שהוצגו במסגרת המחקרים הקליניים שנערכו אינן בעלות סממנים עסקיים אלא היו כחלק אינטגרלי מהטיפול הנדרש ובהתאם לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. בקביעתו, ביהמ"ש אינו מניח לפעילות התחרותית המתקיימת בין קופות החולים להשפיע על הגדרתו כ"עוסק", ואינו רואה בקביעה לפיה קופות החולים פועלות כ"רשות" במלאן את פעילותיהן לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי כגורמת למחסום דיוני בהגשת תובענות ייצוגיות כנגד הפרות של חובות קופות החולים בביצוע תפקידן אלא, כמגבילה את זכות התביעה נגד הרשות ואת הסעד למקרים של השבת סכומים שנגבו שלא כדין.<sup>7</sup>

הגם שנדחתה בקשת האישור עקב היעדר סמכות עניינית, ביהמ"ש המשיך לבחון את עמידתה של בקשת האישור בתנאים הנדרשים בחוק תובענות ייצוגיות וקבע שגם באם הוגדרה קופת החולים כ"עוסק" לצורך

<sup>1</sup> רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק פ"ד נו(2) 876, 883-884 (פורסם בנבו, 03.02.2002) (להלן: "עניין צ'רטוק"). שם הוגש ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי שאישר תובענה ייצוגית שעסקה בגביית תשלום להשתתפות בקורס השתלמות נהיגה שחלה עליו חובת השתתפות ותנאי לחידוש רישיון. המבקשים טענו שאינם מוגדרים כ"עוסק" ולכן אין מדובר באגרה שנגבת ללא סמכות. ביהמ"ש העליון קיבל את הערעור וביטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

<sup>2</sup> פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"). לפי המפורט בפרט 1 לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תביעה נגד עוסק, בהתאם להגדרתו בחוק הגנה לצרכן.

<sup>3</sup> חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (הלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי).

<sup>4</sup> סעיף 2 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים התש"ס-2002 (להלן: "חוק בתי משפט לעניינים מנהליים").

<sup>5</sup> בע"ע (ארצי) 20139-09-15 מכבי שירותי בריאות נ' אייל קוצ'ניסקי פס' 5-4 לפסק דינו של פליטמן (פורסם בנבו, 26.6.2018). הוגש ערעור על החלטת בית הדין האזורי לעבודה שקבע שקופת חולים אינן בגדר "רשות" ולכן דחה את הודעת החדילה של קופת החולים שהוגשו מכוח סעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות. בית הדין הארצי לעבודה פסק שלעניין פעולות שמבצעות קופות החולים במסגרת שירותי סל הבריאות, לרבות דמי השתתפות, יש לראות את קופת החולים כ"רשות" ואת דמי ההשתתפות כ"תשלום חובה אחר" שנכלל במסגרת פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>6</sup> עניין צ'רטוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 884-883.

<sup>7</sup> פרט 11 בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

תחולת חוק תובענות ייצוגיות, התביעה דן אינה מוכיחה נזק מסוג פגיעה באוטונומיה העולה לכדי מתן פיצוי לחברי הקבוצה. נקבע, כי גם אם המחקרים הרפואיים נערכו ללא מתן אישור או הסכמה מדעת ונפגעה זכות הבחירה של המטופל, זו אינה כוללת נזק סובייקטיבי נוסף שנגרם עקב קבלת טיפול בהיעדר הסכמה מדעת, ולכן הנזק לא עולה לכדי פגיעה באוטונומיה בת פיצוי לפי הנדרש בפסיקה.

במרוצת השנים, דרך דיני הנזיקין, הוכר ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כראש נזק נפרד בפסיקה,<sup>8</sup> והינו נפרד מראש הנזק הפיזי הנגרם ממעשה/מחדל שבגינו נפגע התובע. תחילת ההכרה בראש נזק זה נסובה בדוקטרינת "ההסכמה מדעת", לפיה אדם נדרש לתת את הסכמתו החופשית והמודעת לקבלת טיפול רפואי.<sup>9</sup> הפיצוי בגין ראש הנזק נקבע לפי אומדן סובייקטיבי, קרי מידת הפגיעה שחוה הנפגע. דרישת ההוכחה הסובייקטיבית, מאתגרת את יכולת הפיצוי עבור מי שאינו מודע לפגיעה שחוה שכן אינו יכול להעיד על רגשות שליליים.<sup>10</sup> ביחס לתובענות ייצוגיות, פיצוי לפי ראש נזק של פגיעה באוטונומיה הוכר בפס"ד **תנובה** אשר עסק בפיצוי צרכנים שצרכו חלב שהכיל סיליקון מבלי שידעו על כך.<sup>11</sup> השופטת א' חיות (כתוארה אז) ובהסכמת השופטים י' עמית וע' פוגלמן קבעו שרגשות שליליים אינם חזקה חלוטה בכל מקרה של פגיעה באוטונומיה, ולכן אין מקום לפצל את הפיצוי ולהקנות זכות לפיצוי רק על הפגיעה באוטונומיה, אלא, נדרש להוכיח נזק תוצאתי סובייקטיבי שנגרם לנפגע כתוצאה מהתנהגות המזיק. גישה זו אומצה גם בפסקי דין מאוחרים יותר של בתי המשפט המחוזיים שקבעו כי בהיעדר הוכחה לתחושות שליליות לא ניתן להצביע על פגיעה באוטונומיה המקנה פיצוי.<sup>12</sup> **יובל פרוקציה ואלון קלמנט** במאמרם, מציעים לשקול דחייה של תובענות ייצוגיות כאשר שלילת כוח הבחירה מולידה נזק תוצאתי לא ממוני של פגיעה רגשית בשל שלילת הבחירה בלבד. לדידם, היקפו הכספי של הנזק במצבים אלו אינו צפוי להיות גדול והתועלת ההרתעתית מניחול התובענה הייצוגית נמוכה.<sup>13</sup> ואמנם, **קרן-פז** טוען שיש להכיר בערך החברתי של הפעלת כוח הבחירה, קרי לערך אובייקטיבי אחיד שראוי לפסוק לו פיצוי גם אם לא מוכח נזק תוצאתי סובייקטיבי של רגשות שליליים בשל שלילת כוח הבחירה.<sup>14</sup>

בפסק הדין דנן, ביהמ"ש קבע כי המבקשים לא טענו לנזק סובייקטיבי נוסף שנגרם למבקש או לשאר חברי הקבוצה מלבד הנזק האובייקטיבי בגין אי מתן המידע כנדרש בדבר הניסויים הרפואיים. ואמנם, אין בנזק האובייקטיבי של אי מתן המידע לגבי אופי הניסויים כדי לפסוק פיצוי לפי ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. ביהמ"ש קבע כי גם באם יהא ניסיון ליישם חזקה עובדתית לכך שמי שחוה פגיעה באוטונומיה חש רגשות שליליים באופן המצדיק פיצוי בגין הפגיעה, ובכך להעביר את הנטל למשיבה להוכיח שלמרות שלילת כוח הבחירה, הנפגעים נותרו אדישים, ניכר כי המשיבה עמדה בנטל זה שכן המבקשים בעצמם לא טענו לכל נזק

<sup>8</sup> ע"א 2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים כרמל חיפה פ"ד** (נג) 526, 574 (פורסם בנבו, 29.08.1999). שם הוגש ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לדחות את תביעתה של המבקשת בדבר התרשלותם של בית החולים בכך שערכו לה בדיקת ביופסיה בניתוח ללא הסכמתה שבעקבותיו נותרה עם כתף קפואה ונקבעו לה אחוזי נכות. ביהמ"ש העליון דחה את הערעור בטענה שבנסיבות הקיימות המערערת הייתה מסכימה לניתוח באם הייתה נשאלת ולכן אין קיום של קשר סיבתי.

<sup>9</sup> נילי קרקו-אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל 59 לאוטונומיה הפרקליט מ" ט 181 (2007).

<sup>10</sup> נילי קרקו-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה" **המשפט** י"א 267, 270 (תשס"ז).

<sup>11</sup> ע"א 10085/08 **תנובה- מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי 52-53** (פורסם בנבו, 4.12.2011) (להלן: "**עניין תנובה**"). שם הוגש ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי במסגרתו התקבלה תובענה ייצוגית בצורה חלקית בגין סוגיה של הטעיית צרכנים וייצור מוצר בניגוד לתקן רשמי מחייב בשל הוספת סיליקון לחלב. ביהמ"ש העליון קבע שאין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה שנמדדת באופן אובייקטיבי אלא יש לכלול בקבוצה בנפגעת רק את אלו שנגרם להם נזק תוצאתי סובייקטיבי כגון תחושות שליליות מהיוודעם לשתית חלב שהכיל סיליקון ולכן הפחית את השיעור הגמול שניתן לתובעים ושכר הטרחה.

<sup>12</sup> למשל: ת"צ (מרכז) 1685-07-12 **פלונית נ' ג'ונסון את ג'ונסון ג'יי-סי הלת' קר בע"מ פסקה 55** (פורסם בנבו, 11.8.2016) (להלן: "**עניין ג'ונסון**"). דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה לבית המשפט המחוזי שדנה בפיצוי שיינתן למטופלים שנטלו תרופה שלא צוין לגביה שכחות תופעות הלוואי שיגרמו כתוצאה משימוש בתרופה, הפיצוי אותו ביקשו המבקשות הוא בגין פגיעה באוטונומיה. ביהמ"ש קבע שלא הונחה תשתית ראייתית מספקת לכך שנגרם להן נזק תוצאתי סובייקטיבי.

<sup>13</sup> יובל פרוקציה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעייה צרכנית" **עיוני משפט** לז 7, 43-38 (2013).

<sup>14</sup> צחי קרן פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמיטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" **המשפט** יא 187, 198-199 (2009).

שאינו עצם הפגיעה בזכות הבחירה. יתרה מכך, משטענו המשיבים כי חברי הקבוצה לא יכלו לתת הסכמה בשל כושרם הקוגניטיבי הירוד, אלו מחזקים את המסקנה כי כושרם לחוות תחושות סובייקטיביות ורגשות שליליים כתוצאה מהפגיעה באוטונומיה אינו משמעותי דיו לכדי הוכחת נזק סובייקטיבי נוסף המקים עילת פיצוי.