

חוק ביטוח בריאות ממלכתי – הסדרה, פיקוח ואכיפה*

נתן סמוך**

חוק ביטוח בריאות ממלכתי, שנחקק בשנת 1995, הסדיר לראשונה בחוק את זכאותו של כל תושב לקבלת שירותים רפואיים במימון ציבורי באמצעות קופות-החולים. המאמר מציג את מערך העקרונות והכללים המנחים בתחום ההסדרה, הפיקוח והאכיפה בקשרי המדינה עם קופות-החולים, וכן את השיקולים השונים בקביעתם של כללי פעולה וסמכויות של הסדרה או התערבות, ובשימוש בהם. אגב כך, המאמר עוסק במישורי הפעולה השונים של הרגולטור (זכויות מבוטחים, מחד גיסא, וסוגיות ארגוניות-מערכתיות, מאידך גיסא) ובהבדלים ביניהם, וכן במשמעויות הנובעות ממעמדן של קופות-החולים כגופים דו-מהותיים, אשר נוצרו במשפט הפרטי אך מחויבים לכללי הפעולה של המשפט המנהלי. המאמר מציג, בין היתר, גם את מעמדה הדואלי של המדינה, כגורם מפקח וכגורם מתקצב, את המורכבות המיוחדת המתלווה למעמד "כפול" זה ואת היתרונות שבצידו. המאמר מציג השקפה אקטיביסטית התומכת בחיזוקן של סמכויות ההסדרה, הפיקוח והאכיפה ובשימוש בהן, בעיקר בכל הקשור לסוגיות הנוגעות במישורין בזכויות המבוטחים, ומדגיש את התפקיד המיוחד השמור לרגולטור לא רק בפיקוח על זכויות קיימות ובאכיפתן, אלא גם בהגדרתן, בתיחומן ובעיצובן של הזכויות על-פי העקרונות שנקבעו בחוק.

* מאמר זה מבוסס על נייר-עמדה שהוכן על-ידי המחבר במסגרת צוות ההכנה לכנס השישי של המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות ומדיניות הבריאות שעסק בנושא "תחרות והסדרה במערכת הבריאות" (22–23 ביוני 2005).

** עורך-דין בלשכה המשפטית של משרד הבריאות, ומרפז, בין היתר, את נושא ביטוח הבריאות הממלכתי בלשכה ואת הייעוץ ליחידות המשרד השונות בתחומי ההסדרה, הביקורת, האכיפה ובירור התלונות בקשר לחוק. המחבר מודה לחברי מערכת משפט ועסקים על הערותיהם המועילות לטייטת המאמר.

- רקע כללי – חוק ביטוח בריאות ממלכתי
הקדמה – חוק ביטוח בריאות ממלכתי ושאלת הרגולציה
פרק א: הסדרה – קביעת כללים לפעולתן של קופות-החולים
1. כללי
 2. הסדרה – היבטים ארגוניים-משקיים
 3. זכויותיו של המבוטח כלפי קופת-החולים
 4. חובותיה של קופת-החולים לפי המשפט המנהלי
- פרק ב: פיקוח
1. כללי
 2. פיקוח אקטיבי – "הביטוח המשלים"
- פרק ג: אכיפה
פרק ד: סיכום

רקע כללי – חוק ביטוח בריאות ממלכתי

חוק ביטוח בריאות ממלכתי,¹ שנכנס לתוקפו ביום 1 בינואר 1995, קבע כי כל תושב ישראלי חייב וזכאי להירשם בקופת-חולים, לפי בחירתו, וזכאי לקבל שירותים רפואיים מאת הקופה על-פי "סל" המוגדר בחוק (סעיפים 3(א) ו-3(ג) לחוק). המדינה אחראית להעמיד את מקורות המימון הדרושים לקופת-החולים לשם מילוי תפקידן על-פי החוק (סעיף 3(ב) לחוק). מקורות המימון העיקריים הם מיסוי ישיר וייעודי (דמי ביטוח בריאות, על-פי סעיף 41 לחוק), והשלמה תקציבית נוספת (על-פי סעיף 31(א)(5)) עד לגובה "עלות הסל לקופות" – סכום "נורמטיבי" המבטא את תקציבן הכולל של קופות-החולים, שקביעתו ועדכונו נעשים על-פי החוק עצמו (סעיף 9 לחוק).

החוק מבטא מעבר ממודל "חוזי", המבוסס על התקשרות וולונטרית בין קופות-החולים לחבריהן, למודל יחסים "סטטוטורי", המוסדר בחוק לכל פרטיו כמעט. מודל זה כולל אומנם רכיב חוזי, המתבטא בזכויות הנתונות למבוטח על-פי התקנון, אם כחבר בארגון (המשתתף, למשל, בבחירות למוסדות הקופה) ואם כמבוטח (בעניינים שלא הוסדרו בחוק, ונותרו להסדרה בתקנונה של הקופה – ראו סעיף 26 לחוק). עם זאת, מערכת היחסים בין קופת-החולים למבוטחיה קמה מכוח החוק (קופת-החולים חייבת לקבל כחבר כל תושב הרוצה להצטרף אליה, וכל תושב חייב להיות חבר בקופת-חולים כלשהי – סעיף 4 לחוק), ועיקרה (חובת קופת-החולים לספק למבוטח סל שירותים מוגדר, הקבוע בחוק) מוסדר בחוק במישרין. בתהליך האבולוציוני של התפתחות החקיקה בתחום הבריאות, חוק ביטוח בריאות ממלכתי מהווה את אחת מאבני-הפינה של המעבר מחקיקה "מארגנת", המסדירה את משק

1 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156 (להלן: החוק).

הבריאות על היבטיו המוסדיים והמקצועיים, ובכלל זה רישוי של מוסדות ועיסוקים² – חקיקה שעיסוקה בפרט מתמקד בהשפעות שיש למצבו הרפואי על סביבתו הקרובה, ולכן אף כוללת סמכויות כפייה שונות³ – לחקיקה שבמרכזה עומד הפרט עצמו, כמושא לזכויות המכוונות להיטיב עימו ולהועיל לרווחתו.⁴ שינוי תפיסתי זה מעוגן בתהליך רחב יותר שעברה החקיקה הישראלית בתקופה שלאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשנת 1992. ברור, עם זאת, כי החוק מטפל בהיבטים ארגוניים ומימוניים של מערכת הבריאות לא-פחות משהוא עוסק בהיבטים הנוגעים בזכויות הפרט המבוטח; כי הרקע לחקיקתו קשור בקשר בל יינתק גם לתהליכים פוליטיים מקבילים, שאפשרו את ניתוקה של קופת-חולים ותקציבה משליטתה של הסתדרות העובדים הכללית; וכי אחת ממטרותיו המרכזיות הייתה לבטא בחוק את תוצאותיו של תהליך זה, ולשריין אותו כנגד תהליכים פוליטיים הפוכים.⁵

הקדמה – חוק ביטוח בריאות ממלכתי ושאלת הרגולציה

במאמר זה נעסוק בשאלת הרגולציה במערכת הבריאות בהיבט מוגדר שלה – זה הנוגע בקביעת הסדרים לפעילותן של קופות-החולים במסגרת החוק, בפיקוח עליהם ובאכיפתם.⁶

השאלה הראשונה שיש לשאול בהקשר זה היא אם יש מאפיינים ייחודיים לסוגיית הרגולציה בתחום ביטוח הבריאות הממלכתי המצדיקים לדון בה בנפרד מסוגיית הרגולציה בהקשרים אחרים, וזאת מעבר לעצם השוני בהסדרים גופם הנובע מן המְטְרִיה הספציפית. לדעתנו, התשובה לכך חיובית, ונעוצה בכמה טעמים:

- 2 ראו, למשל, פקודת בריאות העם, 1940, ע"ר 191, העוסקת ברישוי מוסדות רפואיים; פקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976, נ"ח 594, העוסקת ברישוי העיסוק ברפואה; פקודת הרוקחים [נוסח חדש], תשמ"א-1981, נ"ח 694, העוסקת ברישוי העיסוק ברוקחות וכן ברישוי ובפיקוח על ייבוא, ייצור וניפוק של תכשירים רפואיים.
- 3 ראו, למשל, חלק ד בפקודת בריאות העם, לעיל ה"ש 2, העוסק בטיפול במחלות מידבקות, לרבות על-ידי בידוד חולים; ס' 7-14 לחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, ס"ח 121 העוסקים בבדיקה וטיפול כפויים.
- 4 ראו, למשל, חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327; חוק מעונות יום שיקומיים, התש"ס-2000, ס"ח 169; חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, ס"ח 58.
- 5 לעניין הרקע הפוליטי-ההיסטורי של החוק ראו מאמרם של שפרה שוורץ, חיים דורון ונדב דודוביץ "בין חוון לגירעון – המאבק ההסטורי-פוליטי לחקיקת החוק" עשור לחוק ביטוח בריאות ממלכתי 1995-2005 69 (גבי בן גון וגור עופר עורכים, התשס"ו).
- 6 אף שהביטוי "רגולציה" מכוון להיבט אחד של ההתערבות השלטונית – זה הנוגע בהסדרה באמצעות כללים – אנו נשתמש במושג זה (או במושג "רגולטור") כביטוי כללי לכל סוגי ההתערבות (הסדרה, פיקוח ואכיפה). כאשר נייחד את דברינו לסוג מסוים של התערבות שלטונית, נכנה אותו בשמו.

האחד, אופייה הדואלי של הרגולציה, הנעה בין הסדרים בעלי אופי מערכתי-משקי, הנוגעים בקשרי הרגולטור (משרד הבריאות) עם קופות-החולים ואינם עוסקים במישרין בזכויות המבוטחים, לבין הסדרים הקשורים ישירות למימוש זכותו של המבוטח לשירותים המובטחים לו על-פי החוק. בהתאם לכך, החוק קובע מנגנוני פעולה של הרגולטור בטווח עצום של נושאים, הנע בין קביעת הסדרים נורמטיביים היורדים לשרש המבנה הארגוני-המוסדי של קופות-החולים לבין הסדרים העוסקים במתן סעד ישיר למבוטח המבקש לממש את זכותו לשירות רפואי, בשעה שזאת נשללת ממנו שלא כדין על-ידי קופת-החולים שבה הוא חבר.

השני, אופיו הדואלי של הרגולטור עצמו, שהוא גורם מסדיר האחראי לקביעת כללי הפעולה במערכת, לפיקוח עליהם ולאכיפתם, אך גם גורם מתקצב האחראי למימון החוק (סעיף 3(ב)), ואשר מעבר לחובתו לשקול שיקולי היתכנות כלכליים (בדומה לכל רגולטור אחר, הנדרש לשקול גם את האינטרס שבשמירת איתנותם הפיננסית של הגופים הכפופים לאחריותו הרגולטורית), מחויב גם להעמיד לרשות המערכת את מקורות המימון המספיקים שיאפשרו לה למלא את חובותיה לפי החוק.⁷ העובדה שהמדינה משמשת גורם מתקצב מקנה להסדרים הקבועים בחוק אופי תיאורטי של "חווה" יציר הדין, יוצרת ציפייה ציבורית שהמדינה תממש אותה זכות "חווית" ותקבל תמורה מלאה בעבור השירותים שהיא משלמת עליהם לקופות-החולים מן הקופה הציבורית, נותנת תוקף מיוחד לציפיותיה של המדינה שקופות-החולים יעשו שימוש ראוי במקורות המימון שהיא מעמידה לרשותן למטרות החוק, ומאפשרת למדינה גישה מעשית למקורות המימון של החוק, בין לשם עיכובם, כסנקציה, ובין לשם שימוש ישיר בהם לקיום חובות שהקופה בוחרת להפר.⁸

השלישי, אופיין הדואלי של קופות-החולים עצמן – תאגידים שלא למטרת רווח שנוצרו במשפט הפרטי (ומתואגדים כאגודות עותמאניות), ואשר נחשבים בעיני הדין לגופים דו-מהותיים הכפופים גם לכללי המשפט המנהלי.⁹ התוצאה היא מבנה מורכב של גוף ציבורי אחד המפעיל סמכויות רגולטוריות ביחס לגוף ציבורי אחר, הכפוף לנורמות מתחום המשפט הציבורי אשר דומות לאלה שהוא עצמו כפוף להן.

קיימים היבטים נוספים אשר אינם מיוחדים לתחום עיסוקו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי אך הופכים את סוגיית הרגולציה בתחום זה לבעלת חשיבות מיוחדת: אין חולק כי השירותים המובטחים על-פי החוק הם חיוניים ביותר, ומקיפים למעשה כמעט את כל שירותי הבריאות שאדם עשוי להיזקק להם במהלך חייו. גם לסוגיות "מסדר שני" (זמינות השירות, איכותו, שיקול-הדעת של המבטח בהיזקקות לחלופות שונות הכלולות בחוק)¹⁰

7 בג"ץ 2344/98 מכבי שרותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729 (2000).

8 ראו ס' 37(1ה)(11) ובן ס' 46א(א) לחוק.

9 ע"ע 1091/00 שטרית – קופת חולים מאוחדת, פד"ע לה 5 (2000) (השופט ארד); ה"פ 278/96 העמותה לדמוקרטיה וטוהר המידות בקופת חולים "מכבי" נ' קופת חולים "מכבי", פ"מ נח(2) 433 (1999).

10 ס' 3(ד) לחוק קובע: "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 קופות החולים לפי סעיף 13."

יש חשיבות מכרעת לאפקטיביות של הזכות, והן מגוונות ומורכבות בפרטיותן עד כדי כך שהמשימות המונחות לפתחו של הרגולטור, הנדרש במהלך עבודתו לכל אחת ואחת מהן, שקולות כמעט בחשיבותן לסוגיות המוסדרות על-ידי החוק עצמו. אמת, הדברים נכונים במידה רבה גם להיבטי הסדרה אחרים בתחום הבריאות אשר אינם קשורים לתחום עיסוקו של החוק. אולם חשיבותו המיוחדת של החוק היא במהלך האבולוציוני של הפיכת שירותי הבריאות מ"מצרך" ל"זכות"¹¹. זכות זו משלבת את ההגנה על הזכות לבריאות מהבטת ה"שלי" (מניעת הפרעה יזומה ליכולת הגישה ה"פיזית" של כל אדם לשירותי הבריאות העומדים לרשות כלל הציבור) המאפיינת את הזכות לבריאות במובנה האזרחי הצר, עם חובה אקטיבית של המדינה לממש זכות זאת, על-ידי הבטחת קיומה של תשתית רפואית זמינה והבטחת נגישותם הכלכלית של שירותים אלה על-ידי מימון הציבורי.¹² דואליות נוספת זאת מייצגת את החשיבות המיוחדת של הרגולציה בתחום עיסוקו של החוק, מעבר לשאלות של סטנדרטיזציה, פיקוח או אכיפה, המאפיינות – בדרגות משתנות של חשיבות – את העיסוק בתחום הרגולציה בתחומים אחרים (לרבות בנושאים אחרים בתחום הבריאות).

שאלת הרגולציה מעוררת באופן קבוע כמעט התנצחות בשאלת התערבותה של הממשלה בשוק:¹³ אכיפה של זכות או של הסדר, משעה שנקבעו, היא הטבעית ביותר, ולכן גם שנויה פחות במחלוקת; פיקוח על קיומם של הסדרים כרוך במידה רבה יותר של שיקול-דעת (למשל, בחירה בין פיקוח אקטיבי, הכולל דרישה לאישור מראש בהקשרים שונים, לעומת פיקוח בדיעבד), ולכן קיימות לגביו מחלוקות או גישות שונות, אם כי הללו נוטות יותר לתחום הדילמה המעשית (מהי הדרך האפקטיבית ביותר להשיג את מטרתו המוסכמת של הפיקוח) ופחות לתחום הדילמה הערכית שמעורר תוכנם של ההסדרים המפוקחים; השאלה מהם התחומים שבחרים להסדיר, ובאיזה אופן, מעוררת מטבע הדברים את ההתלבטות הכבדה ביותר, ומסתעפות ממנה שאלות עקרוניות בדבר תפקידה של המדינה בשוק והיתרונות והחסרונות הטמונים בהתערבות מוגברת או חלשה שלה.

ביטוי אחד של המחלוקת בשאלת ההסדרה בכל הנוגע לעניינינו ניתן לסלק מייד מעל הדרך: העמדה הנשמעת לעיתים שלפיה רגולציה אינטנסיבית משמעה הלאמה של קופות-החולים¹⁴ היא בוודאי ניסיון לא-נכון לצבוע את שאלת עומק הרגולציה בגוונים

11 אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותברכותיות בישראל 437 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

12 עוד על מהות ההבחנה בין זכות אזרחית לזכות חברתית ראו כרמל שלו בריאות משפט וזכויות אדם 39 (2003).

13 לסקירה של עמדות שונות בתחום זה ראו את חוברת כנס ים המלח השישי, המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות ומדיניות הבריאות תחרות והסדרה במערכת הבריאות 23-38 (2005).

14 ביום 16.7.2002 נערך דיון בכנסת בהצעת חוק ביטוח בריאות ממלכתי (תיקון – קופות חולים), התש"ס-2000, שעסקה במבנה הארגוני של קופות-החולים ובהכללה של נציגי ציבור במוסדותיהן. במסגרת הדיון נחשפו העמדות הקוטביות בתחום זה מפי נציגים שונים של קופות-החולים. מנכ"ל קופת-חולים מאוחדת טען שם: "עכשיו אתם הולכים להלאים את

אידיאולוגיים של מאבק בין תפיסות חברתיות או פוליטיות שאינן רלוונטיות לנושא. הציבון הציבורי של הקופות, ושל השירות שהן מספקות, אינו הופך את ההכרעה בשאלת עומק הרגולציה, בכל הקשור לזיקתה לתפיסות חברתיות-פוליטיות רווחות, לשונה במהותה מההכרעה בה בהקשרים אחרים. כשם שפיקוח על תחומים משיקים אינו נידון ברטוריקה של הפרטה או הלאמה, לא יהיה נכון לפנות למינוח כזה ביחס לתחום עיסוקו של החוק. בכל המקרים, שכלולם של הכלים הרגולטוריים הינו מחויב-המצויאות, דווקא במצב שבו השירות בתחומים חיוניים אינו ניתן על-ידי המדינה, אלא על-ידי גופים אחרים, יהיו אלה גופים "פרטיים" (חברות ביטוח, בנקים) או ציבוריים (קופות-החולים).¹⁵

נדון להלן בהסדרים משלושת הסוגים (הסדרה, פיקוח ואכיפה), ואגב כך נעמוד על השיקולים המיוחדים לכל תחום – גם בזיקה לשיקולים הכלליים המאפיינים את הדיון בשאלת הרגולציה, וגם בזיקה למאפיינים הייחודיים של התחום הנדון. בחלק הראשון (פרק א להלן) נעסוק בתחום ההסדרה, תוך הבחנה בין ההיבטים הארגוניים-המשקיים בפעילותן של קופות-החולים לבין ההיבטים הנוגעים בזכויות המבוטחים, ובמשמעות שיש למעמדן של קופות-החולים כגופים דו-מהותיים ביחס לשני המישורים. בהמשך נעסוק בתחום הפיקוח, תוך בחינת היתרונות שיש לפיקוח אקטיבי (פרק ב), ובתחום האכיפה (פרק ג).

במסגרת דיונו ננסה לנתח את חשיבותה של הרגולציה בהיבטים הנוגעים ביישום החוק, תוך הדגשת התפקיד שיש לה בסיוע למימושן ולאכיפתן של זכויות המבוטחים כלפי קופות-החולים. נבקש להראות כי רגולציה הנעשית על-ידי הדרגים המקצועיים במסגרת הממשלה מהווה השלמה הכרחית להסדרים הקבועים בחוק ותנאי למימושם השלם, הן לנוכח אופי ההסדרה בחקיקה הראשית, שהינו כללי וחלקי מטבעו, והן לנוכח העובדה שהזכות הקבועה בחוק ותנאי מימושה הם בגדר חטיבה אחת: ככל שיש חשיבות להגן על הערך שעיוגונה של הזכות בחקיקה מייצג, הגנה זאת חייבת להשתרע על כל אחד מן ההיבטים הנוגעים במימושה. נראה כי אף שהצדקה להתערבות בהיבטים המוסדיים הקשורים לניהול קופות-החולים מובהקת פחות מן ההצדקה שיש לעיסוק בזכויות המבוטחים, גם היבטים אלה עשויים לחייב התערבות רגולטורית מסוגים שונים, ובוודאי אין הצדקה, עקרונית או מעשית, לגישה הנרתעת מלכתחילה מכל התערבות כזאת.

המערכת הניהולית ואת הנכסים. מי שמכם בעלי הבית? קופות חולים קיימות עשרות שנים לפני חוק בריאות ממלכתי, והם ידעו לנהל ולכלכל את עניניהם בתבונה. לעומתו, טען היועץ המשפטי של קופת-חולים כללית: "מדובר כאן על דרכי ניהול תקינים ולא הלאמה." מנכ"ל קופת-חולים מאוחדת אף כרך את טענת ה"הלאמה" של קופות-החולים עם ההכרזה על קופות-החולים כגופים נתמכים, הכפופים לפיקוחו של הממונה על השכר – החלטה שאושרה על-ידי בית-המשפט העליון חודשים מספר קודם לדיון בכנסת. ראו בג"ץ 3800/00 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פדאור (1)102 (2002).

15 ראו יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (2005). לדברי זמיר (שם, בעמ' 77): "קיים יחס הפוך בין היקף המנהל הישיר לבין היקף המנהל העקיף. כלומר, ככל שהיקף המנהל הישיר גדול יותר כן היקף המנהל העקיף, ובכלל זה היקף הפיקוח הציבורי, קטן יותר".

פרק א: הסדרה – קביעת כללים לפעולתן של קופות-החולים

1. כללי

מלאכת ההסדרה משמעה קביעת כללים מחייבים לפעילותה של המערכת הכפופה לאחראיותו של הרגולטור, והיא נעשית במדרגים נורמטיביים שונים, מחקיקה ראשית ועד תקנות או הנחיות.

מכיוון שהרשות המנהלית מתבססת ככלל בפעילות ההסדרה שלה על סמכות הנתונה לה בחקיקה, נטען לא אחת כי הפעלת הסמכות – גם כאשר היא לובשת אופי של קביעת תוכני פעולה מחייבים – אינה יותר מאשר אכיפה של הערכים המוגנים שעל בסיסם נקבעה סמכות הפעולה של הרשות, בין שניתן להם ביטוי מפורש ובין שניתן להם ביטוי משתמע. לפי גישה זאת, הרשות, גם כאשר היא "מסדירה", אינה יותר מאשר רשות אוכפת חוק.¹⁶ התשובה לטענה זאת היא כפולה: ראשית, העובדה שהרגולציה המרכזית נעשית בחקיקה ראשית או מכוחה אינה הופכת אותה לראויה פחות לדיון, מה-גם שהממשלה היא היוזמת בדרך-כלל את הרגולציה החקיקתית שממנה נובעות גם סמכויות ההסדרה המשניות הנתונות לה. שנית, ככל שהחקיקה הראשית מסתפקת בערכים כלליים יותר, ומותירה מרחב פעולה גדול יותר לשיקול-דעתו של הגורם המנהלי המוסמך בכל הקשור לקביעת ההסדרים המשניים, כן פעולתה של הרשות המנהלית המוסמכת נעשית דומה יותר להסדרה מאשר לאכיפה, ואין מקום לראות בה פעולת "שיטור" גרידא. כך או כך, השאלות העקרוניות העולות בהקשר זה הן דומות, בין שמדובר בהסדרים שנקבעו בחוק עצמו, ובין שמדובר בהחלטות או הסדרים שנקבעו על-ידי הרגולטור, מכוח סמכות שבישקול דעת אשר הוקנתה לו בחוק, וההבחנה בין המדרגים הנורמטיביים השונים אינה עניין לרשימה זאת.

להלן ננסה לבחון את סוגיית ההסדרה בשני היבטים: ההיבט הראשון הוא זה המערכתית-המשקי, ועניינו בקביעת כללי פעולה לקופות-החולים בעניינים שאינם נוגעים באופן ישיר בזכויות המבוטחים; וההיבט השני קשור להסדרה בעניינים הנוגעים במימוש זכותם של מבוטחים לשירותים רפואיים. לבסוף נדון במעמדה של קופת-חולים כגוף דו-מהותי ביחס להסדרים משני הסוגים.

2. הסדרה – היבטים ארגוניים-משקיים

נהוג לחלק את הדיון בשאלת ההסדרה לשני חלקים. בחלק הראשון יש להכריע באילו עניינים יש לקבוע כללים. לצורך ההכרעה בשאלה זאת יש לקיים בחינה דו-שלבית: בשלב

16 בדברים שנשא במושב הפתיחה של כנס ים המלח השישי, לעיל ה"ש 13, שם טען הממונה על ההגבלים העסקיים דאז, עו"ד דרור שטורם, כי הממונה אינו רגולטור, אלא גורם אכיפתי, שכן העיקרון המונע פגיעה בתחרות החופשית נקבע כבר בחוק ההגבלים העסקיים, וכל שנותר לממונה לעשות הוא לאוכפו.

הראשון יש לזהות אינטרס הראוי להגנה, ובשלב השני יש לבחון אם אינטרס זה ניתן להגנה ללא התערבות ממשלתית (שאלת "כשל השוק"). אם המסקנה המתגבשת, בתום בחינה דו-שלבית זאת, היא כי יש לקבוע כללי פעולה מחייבים לשם מימוש האינטרס המוגן, כפי-אז עוברים לחלקו השני של הדיון, שבמסגרתו יש לקבוע את ההסדרים הדרושים באופן סביר לשם מימוש אותם אינטרסים שזיהינו כראויים להגנה.¹⁷

נדגים עיקרון זה באמצעות תחום הפרסום, השיווק וקידום המכירות בקופות-החולים. חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע (בסעיף 29(ב)(2)) כי "שר הבריאות, בהסכמת שר האוצר, רשאי לקבוע הוראות בדבר דרכי פרסום, שיווק וקידום מכירות של קופת חולים וכן היקף ההוצאה שרשאית קופה להוציא לענין זה". על-פי הסמכות האמורה הותקנו תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (פרסום, שיווק וקידום מכירות), התשנ"ח-1998, שבמסגרתם נקבעו דרכי שיווק אסורות (בכלל זה שימוש בתועמלנים, הסעות מאורגנות, מתן או הבטחה של טובות-הנאה) וכן נקבעה תקרה להוצאותיה של כל קופת-חולים למטרות אלה.

הפניית משאבים ציבוריים הניתנים לקופות-החולים לשם מתן שירותי בריאות - המטרה שלשמה ניתנו - ומניעת שימוש חריג בהם למטרות אחרות הן ללא ספק תכלית ראויה. לצורך בחינת השאלה אם אפשר להגשים אינטרס זה (בדומה לאינטרסים אחרים בתחומי הסדרה נוספים) בלא התערבות, ניתן - ואף רצוי - להיוקק גם לראיות אמפיריות ביחס להתנהגות המערכת ללא כללים מסדירים: הניסיון לפני התקנת התקנות הראה כי בהעדר הגבלות נוצרת הוצאה עודפת למטרות פרסום ושיווק, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם האינטרס האמור. תוצאה לא-רצויה זאת נובעת משילוב של כמה גורמים: העדר מנגנוני ריסון פנימיים מספקים שימתנו את הלחצים מצד דרגי-השטח בקופה ליצור תחרות אפקטיבית אל מול מאמצי שיווק נגדיים המופנים כלפי מבוטחי אותה קופה מצד קופות-חולים אחרות; חוסר יכולת משפטית או מעשית של קופות-החולים להידבר ביניהן בעניינים הנוגעים בפעילות תחרותית שלהן; והעובדה שהיקף הוצאות השיווק הוא במידה רבה פונקציה של ההוצאות שהמתחרה מוציא למטרה זאת. התערבות חיצונית שתמנע גידול בלתי-מבוקר בהוצאות באה אפוא על רקע העדרם של מנגנוני שוק יעילים, שהיו מאפשרים השגת תוצאה דומה ללא התערבות כזאת.

פרט לאינטרס הכלכלי, ניתן לזהות אינטרסים נוספים הראויים להגנה, ובכלל זה שמירה על טוהר המידות בפעולתם של גופים הממומנים מכספי ציבור, שמירת אמון הציבור במערכות הציבוריות המשרתות אותו, והגנה על תחושת הסדר הציבורי וההגינות. כל אלה מצדיקים הגבלה של צורות השיווק, ולא רק של היקף ההוצאה הכספית לאותה מטרה. האיסורים שהתקנות קובעות בעניין זה הם שיקוף נאמן לצורות פעולה שנהגו ערב התקנתן, אם בגלל העדר מסורת של ערכי חשיבה ציבוריים ואם מסיבות אחרות, וגם מטעם זה ברור כי לא היה אפשר לסמוך על כך שתימצא דרך אחרת למנוע אותן.

נושא ההוצאה למטרות שיווק הוא מאלף משום שהוא מדגים כיצד מערכות כלכליות מורכבות, ואף מתוחכמות, מתקשות לייצר כללי פעולה אלמנטריים במטרה למנוע פעולות בוזבוניות, ונגרות לפעילות בלתי-יעילה מבחינה כלכלית. קושי זה אינו נובע בהכרח

17 זמיר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 70.

מהתנהגות לא-נכונה או משיקולים שגויים, אלא מנתונים אובייקטיביים, שקשה לעוקפם ללא יד מתערבת חיצונית. נדגים זאת באמצעות הטבלות הבאות:

הוצאת פרסום "מוצלחת"

השקעה (מינוס)¹⁸ – 5.5 מיליון שקלים

תפוקה קפיטציבית (פלוס)¹⁹ – 11 מיליון שקלים

הוצאה לשם מתן שירותים רפואיים למצטרפים החדשים (מינוס) – 5.5 מיליון שקלים

תוצאה – 0 שקלים

גם בהנחה שכללי הקפיטציה מיטיבים עם קופת-חולים המגייסת מבוטחים צעירים במידה כזאת שהקופה נדרשת להוציא רק מחצית המקורות שנוספו לה בזכות המבוטחים שצירפה,²⁰ התוצאה הכלכלית לקופה שהשקיעה בפרסום מחצית מן התפוקה הקפיטציבית, ואז הוציאה אותו סכום למטרה של מתן שירותים לאותם מבוטחים, היא תשוואה בסכום אפס.

הוצאת פרסום "לא-מוצלחת"

השקעה (מינוס) – 5.5 מיליון שקלים

תפוקה קפיטציבית (פלוס) – 11 מיליון שקלים

הוצאה למתן שירותים רפואיים למצטרפים החדשים (מינוס) – 11 מיליון שקלים

תוצאה (מינוס) – 5.5 מיליון שקלים

אם כללי הקפיטציה מגשימים את עצמם באותה קבוצת מבוטחים חדשים באופן מלא (בהנחה שההוצאה הממוצעת לקבוצת המצטרפים החדשים שווה להוצאה הממוצעת לכלל המבוטחים הנמנים עם אותה קבוצת-גיל בכלל האוכלוסייה), ההוצאה המשולבת לפרסום (בסכום השווה למחצית התפוקה הקפיטציבית) ולמתן שירותים (בסכום השווה לתפוקה הקפיטציבית) היא גרימת הפסד לקופה בגובה מלוא הוצאותיה לפרסום.²¹

18 סך ההוצאה השנתית למטרות שיווק המותרת לכלל קופות-החולים היא 25 מיליון שקלים.
19 חלקה של כל קופת-חולים במקורות המימון של החוק נקבע בהתאם למספר המבוטחים החברים בכל קופה, על-פי משקלות שונים לכל קבוצת-גיל. לצורך העניין נניח מעבר שנת של כחמשת אלפים אנשים בגילאי עשרים וחמש עד שלושים וארבע.
20 מובן שלקופת-החולים אין דרך לשלוט בהרכבם הגילאים או במצבם הרפואי של המבוטחים הנענים למודעות השיווק שלה ומצטרפים אליה, גם כאשר היא ממקדת אותן בקבוצת-גיל נבחרות. כידוע, לכל מבוטח נתונה זכות שווה להירשם לכל קופת-חולים ולעבור מקופת-חולים אחת לאחרת לפי בחירתו.
21 קופת-חולים עשויה אומנם לבסס את חישוביה על כך שההוצאה לפרסום היא "חד-שנתית", בעוד הרווח הקפיטציבני, ככל שקיים, עומד לה למשך כל שנות חברותו של המבוטח בקופה. אולם כל מבוטח זכאי לעבור מקופת-חולים אחת לאחרת כעבור שנת חברות אחת בלבד (ס' 5(ב) לחוק), ועל-פי הוראת-שעה לתיקון ס' 5 – שתוקפה עד ליום 30 ביוני 2007 – כעבור

כיצד ניתן להסביר אם כן, בנתונים הקיימים, את ההיגיון בקיומן של פעולות שיווק בכלל? ההיגיון העיקרי הוא כמובן בנתון שאינו בא לידי ביטוי בטבלות, והוא מספר המבוטחים שהחליטו לא לעזוב את קופת-החולים כתוצאה מפעולות השיווק שנעשו. במידה רבה, אם כי לא באופן מוחלט, פעולות השיווק, אשר באופן מוצהר מכוונות למבוטחים של קופות-חולים אחרות, מיועדות בפועל למבוטחיהן של הקופות המשווקות את עצמן, או לקיומן מספר המבוטחים העוזבים את הקופה באמצעות צירוף מספר דומה של מבוטחים. הנתונים על מספר המצטרפים והעוזבים בקופות-החולים השונות אכן מלמדים כי תנועת המבוטחים בין הקופות נעשית בהיקפים גדולים מאלה הבאים לידי ביטוי בנתונים הסופיים על השינוי במספר המבוטחים בכל קופת-חולים ("מעברים נטו"), ואינה משנה את יחס המבוטחים הקיים באופן מהותי.²²

נתונים אלה מחזקים את ההיגיון בהתערבות רגולטורית. העובדה כי המדינה היא המעמידה את המקורות לקופות-החולים, מכספי מיסים או מתקציבה (כפל תפקידיה כגורם מסדיר וכגורם מתקצב, שעליו עמדנו לעיל), נותנת תוקף מיוחד לציפייתה כי המשאבים שהיא מעמידה אכן ישמשו למטרות. את מאמצי השיווק ה"פנימיים", המופנים בפועל אל מבוטחי הקופה, ראוי לכוון לשיפור השירותים במקום למאמצי פרסום אגרסיביים. בדרך זאת ניתן ליצור מימד תחרותי שיועיל למבוטח במישרין, ולא יגרע מן המקורות הכספיים שנועדו לרווחתו. אמת, התוצאה שהודגמה בטבלות שהובאו נשמרת גם בתנאי רגולציה, אולם אז היא נעשית בתנאים מבוקרים המאפשרים לקופות-החולים מידה סבירה של שיקול-דעת ביחס לפעילותן השיווקית²³ – המשקפת היבט מסוים של התחרות בין קופות-החולים, שהינה רצויה כשלעצמה – אך גם תוחמים שיקול-דעת זה למסגרת נתונה ומוגבלת.

3. זכויותיו של המבוטח כלפי קופת-החולים

ראינו כי בכל הקשור להיבטים המערכתיים-המשקיים נדרש צידוק ענייני להתערבות רגולטורית. התערבות כזו תיעשה בדרך-כלל רק לאחר שחצינו את כל "תחנות" הבדיקה ביחס להצדקה שבהתערבות, חלופתיה, ותחמתה לאינטרסים המוגנים בלבד. גם ההסדרים המתמייחים להתערבות כזאת מנוסחים בדרך-כלל בלשון המקנה לרשות מידה רבה של

חצי שנה בלבד (מדובר בהוראה ל"תקופת ניסיון", אך יש לצפות כי היא תיהפך עם הזמן להוראה קבועה).

22 ראו עשור לחוק ביטוח בריאות ממלכתי 1995-2005, לעיל ה"ש 5, בעמ' 641. מובן שמספרם הכולל של המבוטחים בקופות-החולים אינו מושפע מפעולות השיווק, כי הוא משקף את חובת רישומו של כל תושב במדינה כחבר בקופת-חולים כלשהי.

23 המכוונת, בין היתר, גם לצירוף עמיתים חדשים לתוכניות הביטוח המשלים של הקופה – עניין שהדוגמה הנדונה אינה עוסקת בו, ואשר מבטא חלק מן ההיגיון הכלכלי בפעילות פרסומית-שיווקית המכוונת למבוטחי אותה קופה.

שיקול-דעת בשאלה אם להפעילם וכיצד.²⁴ בהעדר כללים שנקבעו על-פי סמכות ההסדרה, ברכת-המחדל תהיה, ככלל, חופש פעולה בכפוף לדרישות הדין הכללי. ההתערבות הנוגעת בהסדרים המתייחסים במישרין לזכויות המבוטח היא שונה במהותה: זכותו של המבוטח היא לקבלת שירותים המוגדרים בחוק, וחובת הקופה היא לתיתם "לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח, והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים לפי סעיף 13" (סעיף 3(ד) לחוק). התערבותו של הרגולטור, האחראי ליישום החוק ואכיפתו ולבקרה על איכות שירותיהן של קופות-החולים (סעיף 35(א) לחוק), היא מורכבת משום שהיא מתחילה עוד בשלב הגדרתה של הזכות, ונעה על ציר דק בין פרשנות חוק, הנעשית בדרכים המקובלות לפרשנותו של כל דבר חקיקה, לבין שיקול-דעת הנגזר מן האופי המקצועי-העובדתי של הוראות החוק שהוא נדרש לפרשן, ואשר מחייב אותו להיזקק לא רק לכלים משפטיים, אלא גם לכלים המצויים בתחום מומחיותו המקצועי כגורם המיניסטרילי הממונה על מערכת הבריאות.

אופייה הנכון של ההסדרה הוא אפוא קונקרטיזציה של נורמה משפטית מופשטת ("זמן סביר", "איכות סבירה" וכדומה). במקרה כזה, ההסדרה היא חלופה לא "חופש פעולה בהתאם לדין הכללי", כי אם לקביעת פתרון משפטי ספציפי, על-דרך יישום הכלל המופשט ביחס לכל מקרה קונקרטי. ההסדרה מהווה סוג של פרשנות יישומית של החוק, והיא תורמת לוודאותו של ההסדר המשפטי, לאחדותו וליישומו. להבדיל מן ההסדרה של סוגיות ארגוניות-משקיות (שהיא אופציונלית במהותה, גם אם היא עשויה להיחשב במקרים מסוימים כחובה של רשות סבירה), פעולת ההסדרה הנוגעת בזכויות המבוטח עשויה להיחשב הכרחית, ולכל-הפחות אין היא אופציונלית במובן המקובל, כי חלופתה היא הכרעה ממקרה למקרה (קוואיסיטי), בין על-ידי המנגנונים לבירור תלונות (נציב קבילות הציבור לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, למשל) ובין על-ידי בתי-המשפט.

אף שבחלק מן המקרים נראה כי ההסדרה בתחום זה מטפלת בסוגיות "מסדר שני" – שאינן נוגעות בעצם הזכות, אלא במימד האיכותי שלה – גם לסוגיות כאלה יש השפעה מכרעת על האפקטיביות של הזכות ומימושה. המתנה ממושכת לשירות חיוני, למשל, המאלצת מבוטח להיזקק לשירותי רפואה פרטיים במקום אלה המגיעים לו במימון ציבורי, מרוקנת מתוכן את הזכות שנתונה לו בחוק, ואף יוצרת ניכור של אוכלוסיות חזקות כלפי החוק, זיהוי מידי של שירותי הרפואה הציבוריים עם אוכלוסיות מעוטות-יכולת, ואיבוד האפקט של רף ציפיות גבוה שאוכלוסיות מבוססות יותר מעמידות כלפי מערכות השירות הציבוריות.²⁵

24 בג"ץ 4540/00 אבר'עפאש נ' שר הבריאות, דינים עליון עז 910, פס' 4 לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (2006), הסוקרת את הסמכויות השונות שבשיקול-דעת הנתונות לשר. לגוף העניין, לגבי דרישת העותרים לחייב את השר לקבוע כללים להקמת תשתיות לשירותי בריאות, קבע השופט: "איני סבור שהחלטתו של השר שלא להתקין לעת הזאת כללים מצדיקה התערבות בית משפט זה בגדרי אי סבירות קיצונית".

25 ההוצאה הפרטית לבריאות עומדת כיום על כשליש מן ההוצאה הלאומית לבריאות. ראו עשור לחוק ביטוח בריאות ממלכתי 1995-2005, לעיל ה"ש 5, התרשים בעמ' 668.

נוסף על כך, חלק מן המקרים המוסדרים בדרך זאת יורדים לשורש הזכות לשירות: העובדה שהחוק מדבר בלשון גנרית רחבה, ומונה את סוגי השירותים שכל מבוטח זכאי להם מבלי לרדת לפרטי הטכנולוגיות הרפואיות השונות הכלולות בכל קטגוריה, בצירוף הגישה הפרשנית שלפיה חובת הקופה היא לספק או לשלב גם שירותים מתקדמים וחדשים הכלולים באותן קטגוריות כל עוד הם דרושים מבחינה רפואית, מקיימים יחס עלות-תועלת סביר ואין להם חלופה סבירה אחרת זולה יותר, מקנות לחלק מן הקביעות הרגולטוריות מעמד השקול בחשיבותו להסדרים הקבועים בחוק עצמו, שכן הן מהוות השלמה הכרחית של הסדרים אלה.²⁶

חשוב אפוא לעמוד על ההבחנה בין רגולציה שעניינה בקביעת הסדרים בתחום פעילותם הארגונית-המשקית של קופות-החולים, אשר ההחלטה אם להיזקק לה נתונה מעצם טיבה להחלטת הרגולטור (מהו סכום ההוצאה המותר לקופות בענייני פרסום ושיווק? איזה חלק מתקציבן הן רשאיות לייעד למטרות פיתוח?), לבין רגולציה שעניינה בקביעת הסדרים המיועדים להביא לידי קיום אפקטיבי של הוראות חוק בעניינים הנוגעים במתן שירותי בריאות למבוטחים ("נקודת הקצה"), על-דרך תרגום של המונחים הכלליים הכלולים בחוק להסדרים מפורטים יותר. באופן עקרוני ניתן לשקול את הנחיצות שבקביעת הצורך בכללים מהסוג הראשון (בין היתר על יסוד בחינה מהי האפשרות שקופות-החולים ינהגו ריסון בהוצאות שאינן נוגעות במתן שירותים, יקיימו יחס סביר בין הוצאותיהן השונות, לא יקפחו את ייעודן לספק שירותי בריאות על-פי החוק ולא יגלשו לגרעונות עקב פעילות בזבזנית), אולם אי-אפשר לוותר על רגולציה מן הסוג השני: כאשר הרגולציה מיועדת לממש זכויות של מבוטחים על-פי חוק במקרים שבהם ברור, למשל מתוך תלונות, כי התוצאה אינה מושגת בדרך אחרת (למשל, כאשר שירות מסוים ניתן במרחקים או בזמינות בלתי-סבירים), אין משמעות מעשית לקיום תפיסה עקרונית אנטי-רגולטורית, ובוודאי אין סיבה להניח כי הזירה הראשונה שבה יש לדון בעניינים אלה היא בית-המשפט (בתובענה אישית של מבוטח, המבקש לאכוף על הקופה את מתן השירות בזמינות גבוהה יותר, למשל). כל מידע, ולו ביחס למקרה יחיד, המעיד כי הקופה פועלת בדרך המקפחת את המבוטח הוא בגדר אינדיקציה לצורך בהתערבות רגולטורית מסוג כלשהו. במקרים כאלה ההתלבטות אינה בין מעשה להימנעות, כי אם ביחס לסוג ההתערבות או עוצמתה (למשל, התערבות ברמה גבוהה; קונקרטיזציה של נורמה מופשטת, דוגמת "סבירותם" של המרחק או הזמינות, באמצעות חוזר המופנה לכלל המערכת; או פתרון נקודתי, כגון בירור תלונה בנציבות קבילות הציבור).

בהקשר זה עולה לא-אחת שאלת היחס בין מעמדה של המדינה כגורם הממונה על העמדת מקורות המימון לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לבין מעמדה כרגולטור – שאלה שההתייחסות התיאורטית אליה מבולבלת לא-אחת מבחינה אנליטית.²⁷ גישתם של בתי-המשפט נוטה,

26 ראו ע"ע 1557/04 קופת חולים כללית – קפצן, דינים ארצי לג' (25) 63 (2005); עב' 63322/01 בן אבגי – שרותי בריאות כללית, דינים אזורי יז' 113 (2004).

27 ראו, למשל, את דברי הסיכום בחוברת הכנס תחרות והסדרה במערכת הבריאות, לעיל ה"ש 13, בעמ' 37: "לסיכום הדיון על מידת הרגולציה הראויה צריך לציין גם כי חלק

ככלל, להפרדה מוחלטת בין קשרי המבוטח עם קופת-החולים לבין קשרי קופת-החולים עם המדינה, הן במישור הדיוני²⁸ והן במישור המהותי.²⁹ הקביעות הקשורות לחבותה של קופת-החולים כלפי מבוטחיה מתבססות אומנם על סבירותו של הפתרון הטיפולי המבוקש, בין היתר בהתחשב במגבלת "מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים" (סעיף 3(ד) לחוק). עם זאת, אין זה כלל תקציבי, כי אם כלל נורמטיבי: ההכרעה התקציבית אמורה לבטא את מסגרת החבות הנורמטיבית של קופת-החולים, ולא להפך.³⁰

מהדרישה לרגולציה נוספת נובע מהטענות על אי עמידה של קופות החולים בדרישות שונות הכלולות בתקנות (בעיקר בתחום האיכות וזמינות השירותים, בנוסחת עדכון הסל וכו'). לפני הנהגת פיקוח ואכיפה חמורים יותר ראוי לבחון אם המגבלות, התקציביות ואולי גם אחרות, המוטלות על הקופות אינן חמורות מדי עד כדי אי יכולת הקופות לעמוד בהן. במקרים כאלה ראוי לשקול אם שורש הרע הוא בהיעדר פיקוח או אולי במגבלות עצמן. הסדרה הולמת של המגבלות עשויה ליתר את החמרת הפיקוח, ובהתחשב בעובדה שפיקוח ואכיפה כרוכים בהקדשת אמצעים, ייתכן שאופציית ההסדרה ההולמת גם זולה יותר. אי עדכון ראוי של עלות הסל בשנים האחרונות ואולי אף של תכולת הסל, עד לאחרונה, עשויים להיות דוגמאות לכך. כמובן שאין באמור לעיל לגרוע כהוא זה מחובת הקופות למלא אחר החוקים, התקנות ושאר דרישות המערכת."

- 28 בש"א 1413/01 וקסלר – מכבי שירותי בריאות, דינים אזורי יד 612 (2001).
- 29 עב' 8821/01 קפצן – שירותי בריאות כללית, דינים אזורי יז 681, ס' 44.3 לפסק-הדין (2004). ההפרדה בין המישורים נמצאת גם בבסיס ההסכמה הדיונית שעל יסודה ניתן פסק-הדין בעתירתם של שירותי בריאות כללית לבג"ץ, המוחק את העתירה. ראו בג"ץ 3723/06 שרותי בריאות כללית נ' משרד הבריאות, דינים עליון עט 240 (2006).
- 30 ראו נתן סמוך "שירותי בריאות 'בסל' ו'מחוז סל' – חובת קופות החולים וזכויות המבוטחים בראיה משפטית" עשור לחוק ביטוח בריאות ממלכתי 1995-2005, לעיל ה"ש 5, בעמ' 178: "פרשנות החוק, לענין זכויות המבוטחים, נעשית לפי לשון החוק ותכליתו. 'מגבלת מקורות המימון' של החוק ניצבת ברקע מעשה הפרשנות, כ'ערך' כללי, אך היא אינה מציבה נוסחה 'מתימטית' שימושית, המסוגלת לבטא את היחס בין החלטה פרשנית קונקרטיית ביחס לטכנולוגיה ספציפית, מכלול ההחלטות הפרשניות ביחס לחובות הקופה לגבי מכלול הטכנולוגיות הכלולות בסל, והעלות הכוללת של כולן. ההחלטה היא לעולם 'פרשנית', ומבטאת מימד פרשני אובייקטיבי ככל הניתן, המשלב הכרעה 'פורמלית' (האם קיים 'עוגן לשוני' לטכנולוגיה, בשפת החוק) והכרעה 'איכותית' (האם מוצדק לחייב קופה לספק את השירות, בהתחשב ביתרונו היחסי, ועלותו היחסית, לעומת חלופותיו). פרשנות זאת, אינה משתנה כמובן עם התנודות במצבן של קופות החולים. זהו היסוד הקבוע והאובייקטיבי במלאכת הפרשנות, הוא חיוני להשגת ודאות משפטית אופטימלית, ומבטיח – וזהו העיקר – כי היקף ההגנה המשפטית על היקף הזכויות של המבוטחים, לא יישחק." והלאה מזה: "...הכלל, כי מהלך הבחינה המשפטי הוא לעולם מן הזכות אל הסעד, נכון לא רק ביחסי הקופות עם המדינה, אלא גם ביחסי הקופות עם מבוטחיהן: טענות התקציב של הקופות כלפי המדינה אינן משמיות או מצמצמות את זכויות המבוטח. המשמעות המצטברת של הגדרת הזכויות עשויה להוות פרמטר בקביעת התקציב (אם כי, כפי שראינו, פרמטר אחד מיני פרמטרים שונים, ה'מושכים' לכיוונים נוגדים)."

4. חובותיה של קופת-החולים לפי המשפט המנהלי

קופת-החולים הן גוף דו-מהותי שפעילותו נשלטת גם על-ידי כללי המשפט המנהלי.³¹ גישה זאת שואבת משילוב של אפיונים שהוכרו בפסיקה לעניין זיהויו של גוף שמוצאו במשפט הפרטי ככזה הנושא בחובות גם מתחום המשפט המנהלי,³² ונובעת מן התפקיד המיוחד המסור לקופת-החולים בחוק וממרכזיותה של הפונקציה שהן ממלאות בחיי חבריהן; מהתקציבים הציבוריים המועברים אליהן לצורך מילוי של תפקיד זה; מהעובדה כי מדובר בגופים הפועלים שלא למטרת רווח; ומאופיין התאגידי המורכב, שרגלו האחת נטועה במשפט הפרטי (שבמסגרתו הן הוקמו כאגודות עותמאניות), ורגלו האחרת – בדין המיוחד המסדיר את פעילותן, אשר עוסק גם בהיבטים המוסדיים הקשורים למבנה הארגוני שלהן, לניהולן ואף לפירוקן.³³

מעמדן של קופת-החולים כגופים דו-מהותיים משפיע על פעילותן של הקופות בשני התחומים הנתונים להסדרה – זה הנוגע בפעילותן הארגונית-המשקית של קופת-החולים, וזה הנוגע במישור פעילותן כלפי מבטחיהן.

במישור יחסיהן של קופת-החולים עם המבטחים החוק קובע במפורש חלק מן העקרונות המנחים, ובראשם עקרון השוויון (סעיף 1).³⁴ על כך ניתן להוסיף, בין היתר, גם חובות הנגזרות לא מקביעה מפורשת בחוק, אלא מאופיין המיוחד של קופת-החולים, ובכלל זה חובתן להפעיל שיקול-דעת גם ביחס למתן שירותים שאינם כלולים בסל, לפחות ב"מקרים קשים";³⁵ חובתן להפעיל שיקול-דעת זה על-פי כללי הדיון והצדק הטבעי השאובים מן

31 ע"א 8825/03 שירותי בריאות כללית נ' משרד הבטחון דינים עליון פב 696 (2007); עניין שטרית, לעיל ה"ש 9.

32 ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196, 203, פסק-דינו של השופט זמיר (1995).

33 ראו ס' 26 לחוק, הודן בתקנון קופת-חולים ומחייב את אישורו של שר הבריאות להוראות התקנון ולכל שינוי בהן לעניין מינוים, פיטוריהם, סמכויותיהם ותקופת כהונתם של החברים במועצת קופת-חולים או בדירקטוריון הקופה, של המנהל הכללי ושל נושאי משרה בכירים; וכן ס' 39, הקובע מה דין נכסיה של קופת-חולים שחוסלה או פורקה: "קופת חולים שחוסלה ו/או פורקה על פי כל דין, יהפכו נכסיה, לאחר כיסוי חובותיה, להקדש ציבורי כמשמעותו בחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, שמטרתו מתן שירותי בריאות לתושבי המדינה והם ינוהלו בידי הנאמן הציבורי שמונה לפי סעיף 36 לחוק האמור כל עוד לא מינה בית המשפט נאמן אחר."

34 ס' 1 לחוק: "ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, יהא מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית."

35 עב' 4037/01 אליס – שירותי בריאות כללית דינים אזורי יב 205 (2002). אף שפסק-הדין בוטל במסגרת הסדר דיוני שהושג בבית-הדין הארצי, שלפיו קיבלה על עצמה קופת-החולים להמשיך לספק את הטיפול לחולה, קביעת פסק-הדין ביחס לחובת הקופה להפעיל שיקול-דעת ביחס למתן שירותים שאינם בסל היא כעת עמדה מושרשת בפסיקתם של בתי-הדין.

המשפט המנהלי;³⁶ חובתן ליידע מבוטח כי סירובן לספק לו שירות מסוים אינו עולה בקנה אחד עם עמדה שקבע משרד הבריאות לגבי מקרים אחרים, על-מנת לאפשר לו לתקוף את החלטתן;³⁷ וכן חובתן של הקופות להמשיך שירות שניתן על-ידיהן אף אם הוא אינו כלול בסל וניתן לכתחילה "לפנים משורת הדין" או מפאת "טעות".³⁸ כלל אחרון זה משלב כמה עקרונות מן המשפט הפרטי והמשפט הציבורי כאחד: האחד, כלל ה"הסתמכות", המונע שליית זכות מקום ששלייתה תעמיד את מקבלה במצב גרוע מזה שהיה נמצא בו אילו לא ניתנה לו מלכתחילה; השני, כלל ה"ציפיות", המכיר באינטרס הלגיטימי של אדם להמשיך לקבל זכות שניתנה לו אשר אין בה סתירה לחוק או לתקנת הציבור, אם אין הצדקה כבדת-משקל לנהוג אחרת, וזאת אף אם אין חשש לפגיעה באינטרס ההסתמכות;³⁹ והשלישי, הכלל שלפיו שיקוליו של גוף ציבורי בשליית זכות אינם דומים לשיקוליו בהענקתה – עיקרון המוביל להקבלה בין השיקולים המנחים בהפסקת טיפול הכלול בסל שירותי הבריאות לבין אלה המנחים בהפסקת טיפול שאינו כלול בסל.

בעוד החלת כללי המשפט הציבורי על קופות-החולים בכל הנוגע ליחסיהן עם מבוטחיהן תואמת מגמות הקונות לעצמן שביתה גם ביחס לגופים משפטיים פרטיים מובהקים המעניקים שירותים לציבור הרחב,⁴⁰ החלת חובות אלה גם על פעילותן הארגונית-המשקית של הקופות מייצגת מהלך מתקדם יותר, הנותן ביטוי למעמדן המיוחד של קופות-החולים גם בהקשרים נוספים. חלק מחובות אלה נקבעו מפורשות בחוק (סעיף 31 לחוק, הדין באיסור הפליה בין נותני שירות; סעיף 2 לחוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992). חלק אחר שלהן – למשל, ביחס למינוי מנכ"ל לקופת-החולים בדרך של קיום ועדת איתור המחויבת לפעול לפי כללי המשפט המנהלי⁴¹ – אינם קבועים בחוק, ומהווים שילוב בין דוקטרינות מן המשפט הפרטי (למשל, חובת אמון של חברי הדירקטוריון כלפי התאגיד שעל ניהולו הם מופקדים) לבין חובות מן המשפט המנהלי.

הצורך לבחון את תקינות פעילותן של קופות-החולים גם בראי המשפט המנהלי מספק לרגולטור כלי עבודה נוספים, המסייעים בפיתוחם של דפוסי עבודה ראויים ובקידום של ערכי הוגנות, מנהל תקין, שימוש ראוי בכספי ציבור ומימוש מטרות החוק במישורי הפעולה השונים של קופות-החולים. במקביל, הוא מחייב אותן, כמו את בתי-המשפט, להגדיר את מידת ההתערבות הראויה בפעולותיהן של קופות-החולים; לשרטט את קו הגבול שעובר בין גוף דוגמת קופת-חולים, שעיקר עיסוקו במתן שירותים ואשר אינו מפעיל סמכויות שלטוניות (אך ממומן מכספי ציבור), לבין גופים ממשלתיים או שלטוניים בכל הקשור לאופי כפיפותם לכללי הפעולה של המשפט הציבורי; ולהבטיח שימוש מידתי בכלים אלה,

36 עניין שטרית, לעיל ה"ש 9.

37 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 11/06 מיום 7.5.2006.

38 השוו בש"א 1485/01 גנדלמן גלדיס – שרותי בריאות כללית – מחוז חיפה, דינים אזורי יא 361 (2001).

39 השוו בג"ץ 218/85 ארכיב נ' פרקליטות מחוז תל אביב, פ"ד מ(2) 393 (1986).

40 ראו, למשל, ירון אליאס "החלתן של חובות מן המשפט הפרטי על חברות ביטוח" הפרקליט מה 315 (2000).

41 בג"ץ 5926/06 אחיקם נ' שר הבריאות (טרם פורסם, 10.9.2006).

שיאפשר יפיתוח נורמות פעולה ראויות, המצופות מגופים כאלה, מבלי להתערב יתר על המידה בהחלטות הנוגעות בניהולן השוטף.⁴²

פרק ב: פיקוח

1. כללי

בעוד ההסדרה עוסקת בשאלה מהם התחומים שיש להתערב בהם ובאמצעות אילו כללים, סוגיית הפיקוח עוסקת בשאלה כיצד מוודאים כי ההסדרים שנקבעו אכן מקוימים הלכה למעשה?

בהקשר זה יש עניין מיוחד בשאלת הפיקוח שראוי להחיל באותם מקרים שבהם החוק קובע כללים בנוגע לקשרי הקופה עם מבוטחיה אך יישומם של כללים אלה אמור להיעשות במסגרת הסדרים שתקבע קופת-החולים עצמה, אם על-דרך של הסכם רצוני בינה לבין כל אחד מהם (התקשרות למתן שירותי בריאות נוספים, המוכרים יותר בכינויים "ביטוח משלים", לפי סעיף 10 לחוק) ואם על-דרך הסדר כללי הנתון לקביעתה ואשר אינו נעשה על-דרך "התקשרות" עם המבוטחים (הסדרי בחירה בין נותני שירותים, לפי סעיף 23(ב) לחוק, או תוכנית לגביית השתתפות כספית בשירותים, לפי סעיף 8(א) לחוק). מהי דרך הפיקוח העדיפה במקרים מעין אלה? האם יש להעדיף דרישה לאישור ההסדר מראש, כפי שנעשה ביחס להתקשרויות למתן שירותי בריאות נוספים, או שמא יש להסתפק בקביעת כללים מנחים להסדר שתקבע הקופה, ובהבאת ההסדרים לידיעת שר הבריאות, מראש או בדיעבד, מבלי להתנות את תוקפם באישורו של משרד הבריאות, כפי שנעשה ביחס להסדרי הבחירה בין נותני שירותים?

42 ראו את דברי השופט זמיר בעניין און, לעיל ה"ש 32, בעמ' 208: "בכל מקרה צריך להישמר שלא יוטלו על גוף דו-מהותי, שהוא ביסודו גוף פרטי, כבלים של המשפט הציבורי שיכבידו עליו ללא הצדקה לפעול באופן יעיל למילוי תפקידיו והשגת מטרותיו. התוויית הדרך לתחולת המשפט הציבורי על גופים דו-מהותיים היא מלאכה עדינה וקשה, אפשר לומר אפילו מסוכנת, שכן היא מאיימת על האוטונומיה של הפרט. מן הראוי להתקדם בדרך זאת בזהירות, ממקרה למקרה, וכך להגיע בהדרגה מן הפרט אל הכלל." אומנם, מידת כפיפותו של הגוף לכללי המשפט המנהלי מושפעת "במידה ניכרת מן המיחות של הגוף והמהות של התפקיד" (שם, בעמ' 207), וספק אם בהתחשב בסממניה השונים (ובכלל זה תפקידה ומקור תקציבה) ניתן לראות גם בקופת-חולים גוף שהוא "ביסודו גוף פרטי", חרף העובדה שהיא תואגדה במשפט הפרטי, ולהיזהר מפגיעה בעצמאותה מטעמי "האוטונומיה של הפרט"; אולם נראה כי יש היגיון באימוץ הגישה הוהירה שהשופט זמיר מורה עליה ביחס להתערבות בהחלטות מסחריות וניהוליות פנימיות, לפחות כל עוד הן אינן סותרות נורמות בסיסיות של מנהל תקין או מנוגדות באופן יסודי לאינטרסים של קופת-החולים.

דומה כי לפיקוח מן הסוג הראשון (פיקוח אקטיבי) יש כמה יתרונות מהותיים לעומת הפיקוח מן הסוג השני:

(א) הגנה טובה יותר על הצרכן/המבוטח – הרגולטור מייצג את האינטרס של המבוטחים, שאינם מיוצגים בדרך אחרת בתהליך גיבושו של ההסדר המפוקח.

(ב) שמירה טובה יותר על דרישות החוק – הניסיון מראה כי גם יצירת כללים ברורים אינה מבטיחה שהגורמים הכפופים יפעלו לפיהם, ולא יתעלמו מהם או יפרשו אותם בצורה מגמתית. הדרך הטובה ביותר להבטיח כי כללים יקוימו היא על-ידי דרישה לאישור ספציפי מראש. דרישה כזאת מחייבת גם את הרגולטור, באופן אפקטיבי יותר, להתערב במקרים של אי-עמידה בדרישות החוק.

(ג) יעילות – דרישת האישור, אף שהיא נתפסת כמכבידה או כביורוקרטית, מגשימה גם אינטרס של יעילות. במקום תהליך ממושך של התדיינות משפטית על-אודות תקפותה או חוקיותה של ההתנהגות שביחס אליה נקבעו כללים מסדירים (כאשר האינטרס של הגורם הכפוף לרגולציה הוא בהארכת ההתדיינות, שכן הפעילות מושא ההתדיינות כבר מתקיימת בפועל), דרישת האישור מובילה להכרעות מהירות יותר, המשקפות אופטימיזציה של האינטרסים השונים. הגורם הכפוף לרגולציה יסכים לתנאים המאפשרים לו לקיים את הפעילות באופן סביר, ואשר ברור לו כי יכולתו לתקוף אותם בהצלחה בערכאות היא נמוכה, ויבחר בנתיב של תקיפה משפטית רק אם הם נראים לו מקפחים. לעומת זאת, במצב הפוך, שבו אין הוא נדרש לאישור, הוא עשוי להתנגד לכל דרישה שלתפיסתו שוללת ממנו יתרון כלכלי כלשהו, או להתעלם ממנה, מתוך הנחה כי הסיכון הכרוך באפשרות שהמדינה תזוּם הליך משפטי אינו גדול.

(ד) שיקול-דעת רחב – הסדרה ללא פיקוח חייבת להיעשות באמצעות כללים חד-משמעיים ומוחלטים, המאפשרים מרווח מינימלי של שיקול-דעת. בכך יש החמצה של האפשרות לעשות שימוש בכללים רחבים יותר, שיישומם מותאם על-ידי הרגולטור לנסיבותיו של כל מקרה. הסדרה ללא פיקוח אינה מאפשרת לרגולטור לשקול שיקולים רחבים, שאי-אפשר לפרוט אותם בהכרח לכללים קונקרטיים. חלוקה דיכוטומית בין שלב ההסדרה לשלב הפיקוח אינה מתיישבת אפוא עם חיי המעשה, שבמסגרתם כללי הפעולה של הרשות ביחס לתחום הנתון לפיקוח מתגבשים גם במהלכה של עבודת הפיקוח, כחלק מהתמודדות עם סוגיות קונקרטיות שאינן ניתנות לצפייה או להכרעה מראש. סמכות הפיקוח מבטאת, אפוא, הן מכשיר לאכיפת הכללים שנקבעו במסגרת הליך ההסדרה והן השלמה של הליך ההסדרה על-ידי גיבוש פתרונות קונקרטיים המתיישבים עם עקרונות החוק.

נראה כי ככל שהנושא נוגע באופן ישיר ומובהק יותר בזכויות המבוטח (תוכניות הביטוח המשלים, תוכניות גבייה וכדומה), מן הראוי להעדיף דרך של פיקוח אקטיבי. ככל שמדובר בנושא הנוגע פחות בזכויות מהותיות, ויותר בהחלטות ניהוליות שוטפות (רכש של ציוד ותרופות, העסקת עובדים, אדמיניסטרציה כללית וכדומה), יש להעדיף דרכי רגולציה חלופיות, בהנחה שנמצא צורך ברגולציה עקב קשיים או תקלות קיימים או צפויים הנובעים מפעילות ללא כללים מסדירים.

2. פיקוח אקטיבי – "הביטוח המשלים"

סעיף 10 לחוק מאפשר לכל אחת מקופות-החולים להציע למבוטחיה תוכניות לשירותי בריאות נוספים (להלן: "שב"ן" או "ביטוח משלים") שאינם כלולים ב"סל השירותים והתשלומים של הקופה". החוק קובע כי השירותים שבתוכנית יינתנו אך ורק במסגרת המקורות שנגבו לעניין זה ממי שהצטרף לתוכנית, ובכך מונע סבסוד של התוכנית ממקורות המימון הציבוריים העומדים לרשות קופות-החולים. עוד קובע החוק כי קופת-החולים תצטרף לתוכנית כל חבר המבקש להצטרף אליה (בדומה לחובתה לצרף אליה כל מבוטח הרוצה בכך, במסגרת פעילותה לפי סל השירותים הבסיסי), וכי היא תיתן את שירותי הבריאות הנוספים במסגרת התוכנית באופן שהוצאותיה בכל שנה לא יעלו על הכנסותיה מתשלומי העמיתים (ומחייבי, לפיכך, התאמה בין מקורות התוכנית לבין חיוביה, על-מנת למנוע פער העלול להביא לידי צבירה או גרירה של גרעונות על פני שנים).

תוכניות השב"ן הן דוגמה מוצלחת לקושי בקביעת כללים מוגדרים שיבטלו את הצורך בפיקוח אקטיבי, ולאופן שבו הפיקוח משמש לא רק לאכיפה טובה יותר של עקרונות החוק, אלא גם לפתרון של דילמות קונקרטיות שעקרונות הסדרה רחבים עלולים להחמיץ או לזנוח, ובכך להתירן לשיקול-דעתן המוחלט של קופות-החולים. להלן נסקור שתיים מן הדילמות הללו:

1. סעיף 10(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, קובע כי "קופת חולים רשאית להציע לחבריה תכניות לשירותי בריאות נוספים שאינם כלולים בסל השירותים והתשלומים של הקופה".⁴³

מה דין שירות אשר כלול בסל השירותים הבסיסי ואשר הקופה מבקשת לתיתו תוך יסוד העדפה כלשהו שאינו מתחייב מן הסל הבסיסי? התשובה לשאלה תלויה בפוטרנציאל הכרוסום ברמת השירות הניתן במסגרת הסל הבסיסי, ובמידת החשש לעיוות השיקולים המנחים את הקופה במתן שירותים לפי הסל הבסיסי ולהסתת ביקושים מן הסל הבסיסי לתוכנית השב"ן. כך, אין מניעה ששירות ניתוחי הכלול בסל הבסיסי יוצע במסגרת השב"ן בצירוף אפשרות של בחירת מנתח, אשר אינה כלולה בסל. שירות מעין זה אינו מהווה חלק ממסגרת הכיסוי הטבעית של סל השירותים הבסיסי, ואין חשש כי הכללתו בשב"ן תקטין את התמריץ של קופות-החולים לכלול אותו במסגרת השירותים

43 הביטוי "סל השירותים והתשלומים של הקופה" הוא ירושה מס' 10 להצעת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1997, ה"ח 20, אשר כללה במקורה מתן אפשרות לקופות-החולים להציע, באישורם של שר הבריאות וועדת הכספים, סל שירותים ותשלומים נפרד הגורע שירותים מן הסל הבסיסי המפורט בחוק (ס' 8(א) המוצע בהצעת החוק). בסופו של דבר שונתה ההצעה כך שלקופת-החולים תינתן האפשרות להוסיף שירותים מעבר לסל הבסיסי המפורט בחוק, אך לא לגרוע ממנו. מכיוון שס' 10 לחוק, בנוסחו הנוכחי, הוסף במסגרת אותה הצעת חוק, לפני ששונתה במסגרת הליכי החקיקה, גם הוא מתייחס ל"סל השירותים והתשלומים של הקופה", מתוך כוונה לאפשר לקופת-החולים לכלול בתוכנית הביטוח המשלים שלה שירותים שגרעה מן הסל שהיא מספקת לכלל מבוטחיה.

הבסיסיים הניתנים לכלל מבוטחיה, שכן תמריץ זה לא היה קיים ממילא. עם זאת, יש להיזהר מפני מצב־דברים שבו קופת־החולים תסיט ביקושים מן הסל הבסיסי לתוכנית השב"ן, על־מנת לחסוך בעלויות הסל הבסיסי (שכנגדו היא זכאית למימון ציבורי) לטובת הגדלת העלויות של תוכנית השב"ן (הממומנות מכספי הפרמיה וההשתתפות העצמית המשולמים על־ידי העמיתים בתוכנית). לפיכך יש להבטיח כי בחירת המנתח תשקף יתרון מוסף ממש של התוכנית, ולא תהווה כסות פיקטיבית להסתת ביקושים מהרובד הבסיסי לזה המשלים.

לא כך הדבר, לגבי גרסאות מסחריות שונות של שירותים או סוגי ציוד הכלולים בסל באופן "גנרי". האפשרות הניתנת לקופת החולים לבחור איזו גרסה "מסחרית" לספק למבוטחיה (כפוף לחובתה לספק להם שרות "סביר") אין פירושה, כי יש לאפשר לקופת החולים לכלול אותן גרסאות שאין היא מספקת כחלק מן הסל הבסיסי – במסגרת תוכנית השב"ן. מתן אפשרות כזאת יקטין או יבטל כליל את התמריץ שיש לקופה לשר את מתכונת השירות או הציוד שהיא מספקת במסגרת הסל הבסיסי. לכן, בדרך כלל לא יהיה מקום לאשר מתן השירות המשופר במסגרת הביטוח המשלים.⁴⁴

2. תוכנית השב"ן עשויה לכלול כמה רבדים. החוק שותק ואינו קובע כל הסדר לעניין מספר הרבדים האפשרי או לגבי סוג השירותים שיינתנו במסגרת כל אחד מהם. בפועל, כל אחת מתוכניות השב"ן כוללת שני רבדים, וההצטרפות לרובד העילי מחייבת ככלל הצטרפות לרובד הראשוני.

לקיומם של רבדים שונים יש יתרון: הוא מאפשר למבוטח המסתפק בכיסויים הכלולים ברובד הראשוני להצטרף לרובד זה בלבד, ולשאת בפרמיה שסכומה משקף רק את השירותים הכלולים באותו רובד. אך יש לה גם חיסרון: קופת־חולים עשויה לרכז את השיפורים בתוכנית ברובד העילי, ו"לנוון" בדרך זאת את הרובד הראשוני. מקום שהרבדים "מצטברים" (באופן שההצטרפות לרובד העילי מותנית בהצטרפות לרובד הראשוני) חשש זה הוא ממש.

בחינת בקשתה של קופת־חולים לצרף שירות לרובד שירות עילי מחייבת אפוא בחינה משולבת ומורכבת: יש לבחון מה ההצדקה לשילוב הכיסוי ברובד העילי, ולא ברובד הראשוני, הן לנוכח זיקתו של השירות לסוגי כיסוי קיימים באותו רובד והן לנוכח המקורות הפנויים (אם קיימים) בכל אחד מהרבדים – מקורות העשויים לאפשר את תוספת הכיסוי ללא תוספת לפרמיה ברובד האחד, אך לחייב תוספת פרמיה כנגד

44 לכן אין מאפשרים לקופת־החולים לכלול, כחלק מתוכניות השב"ן, תכשירים המהווים גרסה "מסחרית" אתית או גנרית של תכשיר הכלול בסל, אף אם אין הוא תכשיר "הבחירה" של הקופה במסגרת סל השירותים הבסיסי. עם זאת, ניתן להשתמש בהרחבת תוכנית הביטוח המשלים כבמנוף לטיוב הסל הבסיסי. כך, למשל, התנה משרד הבריאות הכללת ערכות משופרות לבדיקת סוכרת (Free Style) – המאפשרות דקירה לשם נטילת דגימת דם בכל אזור בגוף, ולא רק בכרית האצבע – בכך שהערכה המשופרת תסופק לקטינים במסגרת הסל הבסיסי.

הוספתו ברובד האחר. ככל שנדרשת תוספת פרמיה, יש לבחון אם יש בתוספת זאת כדי להשפיע באופן מהותי על מידת נגישותה של התוכנית.⁴⁵

מגוון השיקולים הרחב ביחס למבנה התוכנית – על רבדיה, השירותים שייכללו בה, זיקת הגומלין בין תוכנית השב"ן לבין הסל הבסיסי, עלותה למבוטחים ונגישותה – מסביר את היתרון המובהק שיש לפיקוח אקטיבי, המתבטא בדרישה לאישורה מראש של התוכנית ושל כל שינוי בה, על גישה המסתפקת בקביעת כללים, אשר מניחה לכל קופת החולים להתאים את עצמה לאותם כללים על-פי הבנתה, ומטפלת בפערים בין הכללים לבין אופן יישומם רק בדרך של בחינה בדיעבד. זאת, מעבר לחשש שגם קביעתם של כללים מפורשים אינה מבטיחה יישום מדויק שלהם כאשר האינטרס של הגורם הכפוף לכללים אלה הוא הפוך.

פרק ג: אכיפה

מהם האמצעים העומדים לרשות הרגולטור מקום שהכללים שנקבעו כחלק מתהליך ההסדרה אינם מקוימים?

החוק מעמיד כמה מנגנוני אכיפה. הקיצוני מביניהם הוא הדין הפלילי, כשלעניין זה חוק ביטוח בריאות ממלכתי מפרט שורה של מקרים שבהם הפרת הוראותיו עולה כדי עברה פלילית (סעיף 47 לחוק), ובכלל זה גביית תשלומים שלא כדין, שימוש במקורות המימון של החוק לא למטרה שלשמה ניתנו, אי-מסירת מידע שנדרש על-פי החוק למשרד הבריאות או למוסד לביטוח לאומי לפי דרישה ספציפית או הוראות דיווח כלליות, ועוד. ניתן להסכים כי ככל שהתחום כפוף לגורמות חקיקתיות חד-משמעיות יותר; ככל שהוא מחייב במידה רבה יותר שימוש באמצעים חקירתיים או איסוף ראיות (לרבות מגורמים שאינם כפופים ישירות לפיקוח משרד הבריאות); ככל שהתחום, לפי טיבו, אינו מתאים לאכיפה על-ידי הציבור (למשל, מכיוון שהנורמה אינה נוגעת במישרין בזכותם של המבוטחים); וככל שהפרת החוק מתנגשת באופן בולט יותר עם מושגי-יסוד של מנהל תקין

45 באחרונה התעוררה הסוגיה במסגרת בקשתה של קופת-חולים מכבי לכלול כיסוי-מסגרת לתרופות יקרות במסגרת רובד השב"ן העילי ("מגן זהב"). לנוכח המורכבות הכרוכה בניהולה של תוכנית רב-רבדית ובפיקוח עליה, נמנע משרד הבריאות מלדרוש את הוספת הכיסוי במסגרת הוספה של רובד שלישי, ואישר את שילובו במסגרת הרובד העילי הקיים. בדרך זאת ניתן לנצל את היתרון של מאגר עמיתים קיים בתוכנית לשם הפחתת עלויות הכיסוי, ולאפשר לעמיתים בתוכנית לממש את הזכויות במסגרת כיסוי זה ללא תקופת המתנה נוספת. הדבר מחייב אומנם את כלל העמיתים לתוספת פרמיה, אולם כאשר התוספת לפרמיה היא מתונה בסכומה, אין היא מצדיקה התניה של תוספת הכיסוי בהוספתו של רובד נפרד, על הבעייתיות הכרוכה בכך.

וטוהר מידות, ופוגעת באופן יסודי יותר באמון הציבור בשירות הציבורי – כן יש מקום רב יותר לשקול פנייה לאכיפה פלילית. בדרך זאת ניתן גם לנצל את אפקט ההרתעה המיוחד האופייני לדין הפלילי.

אולם העובדה שחוק בריאות ממלכתי מפרט רשימה של מעשי הפרה של החוק הניתנים לאכיפה פלילית מקשה את השימוש בעברות-המסגרת הקבועות בחוק העונשין, תשל"ז-1977, אשר העיקרית שביניהן היא ההוראה בדבר "הפרת חובה חקוקה" בסעיף 286 לאותו חוק. הדעה השלטת כיום היא שרשימת העברות הקבועה בסעיף 47 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי היא רשימה סגורה, וכי אין להיוזק לעברות-המסגרת שבחוק העונשין כדי לקיים אכיפה עונשית ביחס לחובות חקוקות נוספות המנויות בחוק ביטוח בריאות ממלכתי.⁴⁶ כתוצאה מכך נמנע שימוש בדין הפלילי דווקא במקרים שבהם השימוש בו עשוי להיות מועיל במיוחד (למשל, מתן או הבטחה של טובות-הנאה למבוטחים על-מנת שיעברו מקופה לקופה). תוצאה זו אינה רצויה, וראוי לתקנה.

אין ספק, עם זאת, כי סוגיית האכיפה המרכזית והדוחקת ביותר – מתן שירות למבוטח כאשר זה נשלל ממנו שלא כדין על-ידי קופת-החולים – אינה מתאימה להליך הפלילי. אומנם, במקרים של הפרה שיטתית של החוק בהקשר זה ניתן ואף ראוי להיוזק למכשיר האכיפה הפלילי, והחוק קובע במפורש כי אי-מתן שירותים על-פי החוק הוא עברה (סעיף 47(א)(5)), אולם פנייה למכשיר זה, אף שעשויה להיות לה משמעות מרחיקת-לכת בהשרשה של גורמת הציות לחוק, אינה מספקת פתרון יעיל למבוטח הזקוק למתן השירות באופן מיידי.

גם סעיף 37 לחוק – סעיף האכיפה המרכזי של החוק – אינו מספק פתרון כזה: בשלבי השונים של הליך האכיפה המפורט בסעיף מעורבים, בין היתר, שר הבריאות, מנכ"ל משרד הבריאות, מנכ"ל קופת-החולים, דירקטוריון הקופה וכן ועדת בירור שממנה השר ואשר אחד מחבריה הוא נציג היועץ המשפטי לממשלה. המבוטח אינו מיוצג אם כן בהליך. יתר על כן, בסוף ההליך השר מוסמך להטיל סנקציות שונות על קופת-החולים (לרבות השעיית נושאי משרה, הקפאת מקורות מימון ועוד), אך אף לא אחת מהן עוסקת במתן השירות למבוטח. לבסוף, מובן שהסנקציות שהוטלו כמו-גם התהליך כולו חשופים בעצמם לתקיפה משפטית.

באחרונה נוסף לחוק ביטוח בריאות ממלכתי סעיף 46א, שנועד להתמודד עם קושי זה. בהתאם לסעיף האמור, קביעה של נציבת קבילות הציבור לנושא חוק ביטוח בריאות ממלכתי בדבר זכאותו של מבוטח לשירות ניתנת לאכיפה אם קופת-החולים לא סיפקה את השירות בתוך 21 יום ממתן ההחלטה. האכיפה נעשית על-ידי מתן החזר למבוטח כנגד ההוצאה הפרטית שהוציא (או התחייב להוציא) לשם רכישת השירות שנשלל ממנו. החזר זה מנוכה מחלקה של אותה קופת-חולים במקורות המימון של החוק המועברים לידיה באמצעות המוסד לביטוח לאומי.

זהו מנגנון ייחודי שאין לו מקבילה נוספת בדין הישראלי, והוא מבטא את האופי

46 העמדה האמורה משקפת את גישתה של פרקליטות המדינה, כפי שהובעה במסגרת ישיבה מספטמבר 2000 שעסקה באמצעי האכיפה הנתונים למדינה ביחס לקופת-החולים.

המיוחד שיש לאכיפת זכויות בתחום ביטוח הבריאות הממלכתי; את החשיבות שהמחוקק רואה במימוש זכויות של מבוטחים, אשר מפאת מצבם הרפואי נרתעים לא אחת מפנייה יוזמה לערכאות;⁴⁷ ואת הדרך שבה ניתן לנצל באופן אפקטיבי את מעמדה הכפול של המדינה – כגורם מפקח וכגורם מתקצב – כדי לקדם את מטרות האכיפה.

נוסף על כך, ההסדר מדגים את האופן שבו ניתן להתאים את העקרונות המקובלים בתחום של בירור תלונות הציבור למאפיינים המיוחדים של תחום האכיפה, מבלי לפגוע בהם. הכלל הרגיל, שלפיו קביעה של נציב קבילות הציבור אין בה כדי להעניק למתלונן "זכות או סעד בבית משפט או בבית דין שלא היה להם לפני כן" (הסדר שנקבע בסעיף 45(א) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958, ואשר נקלט לחוק ביטוח בריאות ממלכתי באמצעות סעיף 46(א) בו), נותר בעינו. קופת החולים רשאית ליוזם הליך מתאים בבית הדין האזורי לעבודה, שיצהיר על העדר זכאות של המבוטח לשירות שנדרש על-ידי, והמבוטח יוכל להתגונן תוך שהוא מסתייע בהחלטת הנציבה (כפי שהיה יכול להסתייע בה גם כאשר פתח בהליך בעצמו), אך לא יוכל לטעון כי החלטת הנציבה מקנה לו זכות נוספת או מחזקת את זכותו מעצם זה שניתנה. מאידך גיסא, סדר התביעות החדש (תובענה של קופת החולים בדרישה לסעד הצהרתי, ולא תובענה של המבוטח לסעד אופרטיבי) הופך את הנטל לא רק מבחינת ייזום ההליך והמשמעות של הימנעות מניהולו, אלא גם מבחינת נטל השכנוע. קופת החולים, התובעת סעד הצהרתי, היא הנדרשת להראות כי למבוטח אין הזכות לקבלת השירות, וזאת בניגוד למצב הדברים בהליך הנפתח ביוזמת המבוטח, שכמסגרתו נטל השכנוע נופל על המבוטח שפתח בהליך.

ההסדר קובע שימוש מידתי ומאוזן בסמכות האכיפה, שכן הוא מגביל אותה למימון שירותים שנרכשו ממועד מתן החלטתה של הנציבה. תחמת ההסדר לשירותים שנרכשו ממועד זה ואילך היא מוצדקת, כי שירותים שנרכשו קודם לכן עשויים אומנם להעמיד למבוטח זכות כספית להחזר, אולם זכות זאת אינה שונה מזכויות כספיות אחרות, ואינה מחייבת אמצעי מימוש ייחודיים. הרציונל שבבסיס ההסדר הוא מימוש זכותו של המבוטח לשירות עצמו, ולא מימוש זכותו להחזר כספי בעבור שירות שכבר ניתן לו בעבר. את הבקשה לאכיפה, המוגשת למנכ"ל משרד הבריאות או למי שהוא הסמיכו לכך, יש להגיש בחלוף 21 יום מן המועד שבו ניתנה החלטת הנציבה. אם לא פתחה הקופה בהליך בבית הדין בטרם הגיש המבוטח את בקשתו לאכיפה, לא יהיה בכך כדי לפגוע בזכותו של המבוטח למימוש בקשתו.

כיצד תובענה שהגישה הקופה ב"איחור" משפיעה על זכותו של מבוטח להמשך הטיפול שניתן לו באמצעות הליך האכיפה שהופעל, והאם עשויה לקום לקופה זכות החזר בשל סכום ששולם למבוטח בהתאם להליך האכיפה האמור, אם ייקבע כי קופת החולים צודקת בטענתה כי זכותו של המבוטח לקבל שירות לא נשללה שלא כדין? אף שהחוק אינו

47 מתוך יותר משלושים מיליון אינטראקציות עם רופאים במהלכה של שנה אחת, רק עשרות ספורות מסתיימות בפנייה לבית הדין לעבודה בתביעה לפי ס' 54 לחוק. בהתאם לדוח מס' 6 של נציבת קבילות הציבור לנושא חוק ביטוח בריאות ממלכתי לשנים 2004-2005, בשנת 2005 הוגשו לנציבות 4,604 קבילות חדשות.

מונע הגשת תובענה "מאוחרת", נראה כי קופת-חולים שלא פנתה לערכאות בתקופת 21 הימים שלאחר החלטת הנציבה, ואף לא הקדימה את תביעתה לבקשת האכיפה של המבוטח גם בחלוף תקופה זאת, לא רק לא תהיה זכאית להחזר כספים ששולמו למבוטח, בניכוי ממקורותיה, אלא אף תהיה חייבת להמשיך לספק את השירות גם הלאה – אם בגדרו של צו-ביניים, ובהתאם לשיקולים המנחים בהקשר זה (ובכלל זה שיקולי "מאזן הנוחות"), ואם בגדרו של הסעד הסופי – מטעמים דומים לאלה המחייבים המשך טיפול שהקופה נושאת באחריות לתחילתו. גישה אחרת עלולה ליצור רטיעה מובנת של מבוטחים ממימוש זכותם על-פי החוק, ולתת לקופת-חולים שהשתתה בפתיחת הליך משפטי יתרון בלתי-מוצדק. לעומת זאת, הגישה המוצעת על-ידינו תהפוך הליך מאוחר למיותר. עם זאת, מכיוון שהחלטת הנציבה אינה מקנה למבוטח זכות או סעד בבית-הדין שלא היה לו קודם לכן, לא יהיה באיחור כזה – או אף באי-הגשת תובענה – כדי למנוע את הקופה מלהתגונן מפני תביעה של המבוטח להחזר כספי בעד שירותים שרכש עובר להחלטת הנציבה, או להימנע מהחזר כזה על בסיס סעד הצהרתי שתקבל בהליך שיזמה בעצמה.

חשיבותו המרכזית של מנגנון האכיפה החדש נעוץ במערך התמריצים השונה שהוא יוצר. אם קודם לכן הייתה קופת-החולים עשויה לשקול התעלמות מהחלטת הנציבה, בהנחה שרוב המבוטחים יירתעו מליוזם נגדה הליך משפטי למימוש זכותם, כעת, לנוכח ההסדר החדש, יהיה עליה לשקול ברצינות רבה יותר, אלה מול אלה, את הסיכוי והסיכון הכרוכים בהליך משפטי יזום על-ידיה, בהליך אכיפה יזום על-ידי משרד הבריאות (הנעשה ככלל בערכי עלות גבוהים מאלה שהייתה הקופה נדרשת להם אילו סיפקה את השירות בעצמה) או במתן הזכות לפי החלטת הנציבה. יש להניח כי בדרך-כלל תעדיף קופת-החולים לפעול לפי החלופה האחרונה, ולספק את השירות שנדרש ממנה בהתאם להחלטת הנציבה. ההנחה לקופת-החולים ליידע מבוטח בדבר עמדה של משרד הבריאות התומכת בזכותם של מבוטחים לקבל שירות מן הסוג שנשלל ממנו⁴⁶ משלימה את מעגל האכיפה בצורה אפקטיבית, על-ידי חיבור בין מודעות (של הציבור) לסמכות (של הרגולטור), ומקדמת באופן משמעותי את האינטרס הציבורי באכיפת החוק.

ראינו כי אמצעי אכיפה אפקטיבי זה מתאפשר, בראש ובראשונה, בזכות מעמדה הכפול של המדינה כמפקחת וכמתקצבת, ובזכות גישתה הישירה למקורות מימון האמורים לעבור לקופות-החולים ומצויים בחזקתה. שימוש דומה ניתן לעשות גם בהסכמי התמיכה של המדינה בקופות-החולים. אף שהסכמים אלה משמשים את המדינה, בראש ובראשונה, לשם קידום היעד של עמידת הקופה באיזון כספי, אין מניעה להשתמש בהם גם לשם קידום אכיפתם של יעדים מוגדרים נוספים הידועים במועד גיבושם של ההסכמים. עם זאת, ההסכמים הם רב-שנתיים (בדרך-כלל לתקופה של שלוש שנים), ויש קושי מעשי להשתמש בהם ככלי עבודה "שוטף" להשגת יעדי אכיפה משתנים. נוסף על כך, לנוכח העובדה שההסכמים מטפלים באופן מסורתי בנושא יעד האיזון של הקופה, ואינם עוסקים – בשלב זה – ביעדי איכות, הם עשויים לחייב חיזוקם של אמצעים רגולטוריים משלימים, על-מנת להבטיח כי יעד זה אינו מושג באופן הפוגע בקיום חובותיהן של קופות-החולים לפי החוק כלפי מבוטחיהן.

48 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות, לעיל ה"ש 37.

פרק ז: סיכום

במאמר זה ניסינו לסקור את סוגיית הרגולציה במערכת הבריאות, ב"גזרה" של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, מצידה השונים. חצינו את אופני ההתערבות השלטונית הטיפוסיים (הסדרה, פיקוח ואכיפה), וניסינו לבחון כיצד מאפייניה הדואליים של המערכת (המדינה כגוף מתקצב ומסדיר, קופות-החולים כגוף דומהותי, וציר פעולתן הכפול של הקופות – זה המשקיף-הארגוני וזה הנוגע במערכת היחסים בין לבין מבוטחיהן) משתקפים או מצטלבים במישורי ההתערבות השונים.

קל לראות כי העמדה המשתקפת במאמר, כמעט לכל אורכו, תומכת בחיזוק המערך הרגולטורי הכולל – הן במישור קביעת הכללים המחייבים והן במתן כלים יעילים לאכיפתם. עמדה זאת נסמכת, במקרים מסוימים, על התרשמות מן הניסיון המעשי שנצבר, ובמקרים אחרים – על הבנה, הנגזרת מהגיונם של דברים, כי החוק, כל כמה שיהיה מפורט וינסה להגדיר במדויק את מערך הזכויות והחובות בקשרי הקופה עם מבוטחיה, אינו מסוגל להתמודד עם הדילמות שישומו מעורר ללא מערך משלים של "ארגו כלים" רגולטורי, שיהווה ראש-גשר מן החוק עצמו אל החיים.

מעבר לעניין שמעורר הדיון בהיבטים התיאורטיים המייחדים את תחום הרגולציה ביחס לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, דומה כי יש חשיבות מעשית רבה לעצם העיסוק בתחום: העיסוק בזכות לבריאות, מהיבטיה העיוניים או החוקתיים, הוא חשוב מאוד, אך זכות זאת לא תהיה שלמה, או משמעותית, אם ייווצר פער גדול מדי בין הצהרת הכוונות שהחוק מבטא לבין ביטוייה היומיומיים. האמירה המפורסמת כי הסעד הולך אחר הזכות, ולכן משני לה, היא נכונה מבחינה תיאורטית, אך מתעתעת מבחינה מעשית, שכן אין חשיבות רבה לזכות שאינה נאכפת באופן אפקטיבי. צמצום הפער בין היקף הדיון הציבורי או האקדמי בסוגיות הקשורות לרגולציה לבין היקף הדיון בסוגיות הקשורות להגדרת הזכויות עשוי להוות בעצמו כיוון אפשרי לפתרון הפער בין שני אלה גם במציאות. מותר אפוא לראות במאמר גם הזמנה להמשך דיון בסוגיות שהוא מעלה.