

## בתי הדין לעבודה

עב 007272/09		בית דין א.לעבודה ת"א	
20/10/2009		כבוד השופטת לאה גליקסמן, סגנית הנשיאה נ.צ. (עובדים) מר שלמה פרלוב נ.צ. (מעבידים) גב' רות אסרף – באני	בפני:

בעניין: דר' רכאד סלמן

התובע

ע"י ב"כ עו"ד גילעד רוגל

נגד

שירותי בריאות כללית

ע"י ב"כ עו"ד אריאל מייטליס וחני מור

מדינת ישראל

הנתבעות

ע"י ב"כ עו"ד דורון יפת

מיני-רציו:

\* וועדת החריגים של הנתבעת דחתה את בקשת התובע למימון טיפול באוסטיין . בהחלטה זו נפלו פגמים, בכך שהוועדה לא התחשבה בתוצאות הטיפול שניתן לתובע , בכך שנקודת המוצא לדיון הייתה שיהיה עליה לממן באופן מלא את הטיפול לכל החולים האחרים ובכך שלא נימקה כראוי את השיקול התקציבי

\* בריאות – שיקול-דעת – קופת-חולים

\* בריאות – ביטוח בריאות ממלכתי – קופת חולים

\* בריאות – ביטוח בריאות ממלכתי – סל שירותי הבריאות

\* בריאות – ביטוח בריאות ממלכתי – אספקת שירותי בריאות

התובע חולה בסרטן המוח מסוג "אסטרוצימה אנאפלסטית" (AA) דרגה 3. בשלב מסוים, החל התובע לקבל טיפול בתרופת אווסטיין, וחל שיפור דרמטי במצבו. כיום טרם נכללת תרופה זו בסל התרופות למחלת התובע, ועד כה התובע מימן את הטיפול ל מחסכונותיו. התובע פנה לוועדה לבחינת טכנולוגיות ותרופות מחוץ לסל במקרים דחופים ("ועדת החריגים") הפועלת במסגרת הנתבעת ("הקופה") בבקשה כי תאשר לו מימון של הטיפול באוסטיין. הבקשה נדחתה, ומכאן התביעה.

ביה"ד האזורי לעבודה (סגנית הנשיאה ל' גליקסמן) קיבל את התביעה בקובעו:

ועדת החריגים הינה גוף מעין שיפוטי המקבל החלטות הנתונות לביקורת שיפוטית. על ועדת החריגים חלה חובת ההגינות החלה על הרשות הציבורית, החובה לפעול בגבולות הסמכות שהותוותה בחוק והחובה לפעול בסבירות תוך הפעלת שיקול הדעת באופן ראוי. על החלטה שתינתן בסופו של דבר להיות מנומקת כדבעי, בשים לב לכלל החומר שהיה בפני הוועדה.

אחד הנימוקים להחלטת הוועדה היה כי "החולה אינו חריג מבחינה רפואית". אולם, וועדת החריגים הוקמה כדי לבחון מקרים בהם מתבקש באופן חריג שירות או תרופה שאינו נכלל בסל השירותים. "חריגות" המקרה נבחנת ביחס לחובת הקופה לפי הסל, ולא ביחס למטופלים אחרים הנזקקים לטיפול שאינו בסל. עם זאת, רשאית הקופה לשקול את עניין ה"חריגות" במסגרת השיקול התקציבי. מכל מקום, התובע כן חריג ביחס לחולים אחרים במחלה, לאור תגובתו הטובה לטיפול.

נימוק נוסף עניינו בטענת הקופה לפי ה לנוכח עקרון השוויון, אין להפלות לטובה מבוטח שרכש טיפול באופן פרטי. על כן, אין לדידה להתחשב בנתוני טיפול שנרכש באופן פרטי. אולם, אין לקבל את עמדת הקופה כי אין להביא בחשבון את תגובת התובע לטיפול. מדובר בתון משמעותי, והתעלמות ממנו היא מלאכותית. את עקרון השוויון ניתן להגשים בדרך אחרת.

ועדת החריגים רשאית להביא בין שיקוליה את מצבו הכלכלי של המבוטח הפונה אליה. בדרך זו, ככל שיפנה מבוטח שמימן את התרופה מכספו, הקופה תתחשב בתוצאות הטיפול, אך תביא בחשבון גם את אפשרויותיו הכלכליות לממן את הטיפול בהחלטתה אם לאשר את מימון הטיפול ע"י הקופה, במלואו או בחלקו. דרך נוספת להגשים את עקרון השוויון היא שככל שיפנה לקופה מבוטח שטרם קיבל את הטיפול, נקודת המוצא לדיון תהיה כי תגובתו של המבוטח לטיפול תהיה טובה.

הנימוק העיקרי שהועלה ע"י הקופה הוא שקבלת בקשת התובע תטיל על הקופה מעמסה תקציבית. נקודת המוצא לטענה זו היא שככל שתאשר את בקשתו של התובע, יהיה עליה לממן באופן מלא את הטיפול לכל המבוטחים שלקו בגידול במוח. אולם, נקודת מוצא זו אינה נכונה, שכן ועדת החריגים רשאית לשקול בין שיקוליה את מצבו הכלכלי של המבוטח, ולאשר גם מימון חלקי של הטיפול. זאת ועוד. התחשיב שהוצג לא הובהר די צורכו והחלטת הוועדה איננה מנומקת כדבעי.

ככלל, הסעד הראוי במקרה בו נפל פגם בהחלטת ועדת החריגים הוא החזרת עניינו של חבר הקופה לדיון בוועדה, שכן ביה"ד לא ישים את שיקול דעתו במקום שיקול דעת הגורם המוסמך. יתר על כן. במקרה הנדון אין בידי ביה"ד הנתונים והכלים לשקול אם יש מקום להיענות לבקשת התובע לממן את התרופה. העובדה שנפל פגם בהחלטת ועדת החריגים אינה מקנה לתובע זכאות למימון הטיפול ע"י הקופה, שכן אין זה וודאי שגם אם תנחה עצמה בשיקולים הרלוונטיים, המסקנה היא שיש להיעתר לבקשת התובע. אשר על כן, נדחית בקשת התובע לחייב את הקופה לממן לו את הטיפול. יחד עם זאת, נפלו פגמים בהתנהלות הקופה כלפי התובע. לפיכך, התובע זכאי לקבל מהקופה מימון לטיפול עד להכרעה כראוי בעניינו.

## פסק דין

1. שתי שאלות עומדות להכרעה בהליך זה: האחת – האם נפל פגם בהחלטה שניתנה בעניינו של התובע על ידי "הוועדה לבחינת טכנולוגיות ותרופות מחוץ לסל במקרים דחופים"

(להלן – **ועדת החריגים** או **הוועדה**) הפועלת במסגרת הנתבעת (להלן – **הקופה**): השנייה – ככל שנפל פגם בהחלטת ועדת החריגים, מה הוא הסעד שראוי לפסוק לתובע?

### הרקע לתביעה

2. התובע, יליד שנת 1952, אובחן בחודש אוגוסט 2007 כחולה בסרטן המוח מסוג "אסטרוצימה אנאפלסטית" (AA) דרגה 3.
3. בחודש מאי 2008 נותח התובע ובוצעה כריתה של הגידול, אולם בבדיקות הדמיה נמצא גידול בשולי התהליך שנכרת.
4. התובע עבר טיפולי הקרנה וכן קיבל טיפול בתרופת טמודל, אולם לאחר תקופה קצרה לא הגיב לטיפול בטמודל.
5. על פי המלצת הרופאה המטפלת, פרופ' טלי סיגל, החל התובע לקבל טיפול בתרופת אווסטין, ואין חולק כי חל שיפור דרמטי במצבו. קודם לטיפול באווסטין, התובע לא מיצה טיפולים כימותרפיים נוספים המצויים בסל הבריאות והמותווים למחלתו.
6. תרופת האווסטין מותווית בפנקס התכשירים המתנהל על פי תקנות הרוקחים (תכשירים רפואיים) התשמ"ו – 1986 למחלת סרטן המעי הגס, ונכון להיום טרם נכללת בסל התרופות למחלתו של התובע.
7. התרופה אושרה לשימו ש במחלתו של התובע על ידי רשות המזון והתרופות הפדראלית בארה"ב (FDA).
8. הטיפול בתרופה גם מותווה בקווים המנחים של national comprehensive cancer network (NCCN) שהוא גוף משותף ל- 21 מכוני מחקר חקר הסרטן המובילים בארה"ב, כטיפול קו שני לאחר כשלון טיפול בטמודל.
9. עד כה, התובע מימן את הטיפול בתרופת האווסטין מחסכונוותיו.
01. התובע פנה ביום 8.2.09 אל ועדת החריגים בבקשה כי תאשר לו מימון של הטיפול באווסטין (ת/7).
11. ביום 7.5.09 קיבל התובע תשובה מאת המחלקה המשפטית, בה הודע לו כי בקשתו נדחית לנוכח העובדה שמדובר בטיפול ניסיוני וכי מהמסמכים שצורפו לא הוכח באופן יוצא דופן

וחריג כי חל שיפור דרמטי במצבו מעל ומעבר לציפיות המוקדמות הן ביחס לחולים אחרים והן ביחס לתובע עצמו (ת/8).

21. ביום 2.6.09 דנה ועדת החריגים בעניינו של התובע, ודחתה את בקשתו. בהחלטה (ת/6) פורטו נימוקים אלה:

- 1.21. הטיפול לא בסל;
- 2.21. החולה אינו חריג מבחינה רפואית;
- 3.21. לא ניתן להתחשב בתגובה לטיפול שנרכש במימון עצמי במסגרת [חוק ביטוח בריאות ממלכתי](#) שאחד מעקרונותיו העיקריים הוא השוויון;
- 4.21. משמעות האישור מסכנת "הכללית" בהוצאה בלתי מתוקצבת של כמעט 10 מיליון ₪, שאינה יכולה לעמוד בה ללא הכללת הטיפול כדין בסל ומימונו במלואו על ידי המדינה במנגנונים הקיימים בחוק.
- 5.21. החולה אינו דומה למקרה אחר חריג שאושר בעבר, כי אותו מקרה היה בעל מהלך מחלה שונה (איטי מאד) ומיצה למעשה את הטיפולים הכימותרפיים הכלולים בסל ובספרות.

### טענות הצדדים

#### 31. עיקר טענות התובע:

- 1.31. יש לדחות את טענת הקופה כי על התובע להוכיח חריגות רפואית לעומת חולים אחרים במחלת AA, ובודאי שאין זה תנאי סף. די בכך שהטיפול לו נזקק התובע חורג מסל התרופות על מנת שעניינו יידון בוועדת חריגים.
- 2.31. המחלוקת בתי ק זה היא בעיקרה תקציבית, שכן אין מחלוקת כי הטיפול באווסטין הוא הטיפול המתאים לתובע. נטל ההוכחה להשלכות הרחב התקציביות מוטל על הקופה, שכן בידה כל הנתונים. במקרה הנדון, יש לדחות את טענת הקופה כי קבוצת ההשוואה הרלוונטית היא כל החולים שחדלו להגיב לטמודל. קבוצת ההשוואה הרלוונטית היא חולים שחדלו להגיב לטמודל ומגיבים לאווסטין, וקבוצה זו קטנה בהרבה מהנטען על ידי הקופה. הקופה לא הוכיחה את השלכות הרחב התקציביות של היענות לבקשת התובע. כמו כן, הקופה לא הוכיחה כי אינה יכולה לעמוד במימון הטיפול מתקציבה, בעיקר בהתחשב בכך שנותרים בידיה כספים

מתקצוב תרופות המצויות בסל, וכן בהתחשב בעלות זכויות היתר הרפואיות שהקופה מממנת לעובדיה, בני משפחותיהם וגמלאיה, בסך של 82,000,000 ₪.

3.31. יש לדחות את טענת הקופה לפיה אין להתחשב בתוצאות הטיפול באווסטין שקיבל התובע והצלחתו היחסית, רק בשל העובדה כי התובע מימן את הטיפול מכספו. העובדה כי התובע מימן את הטיפול מכספו אינה מקנה לו עדיפות, שכן גם אם היה פונה לפני שקיבל את הטיפול באווסטין זה היה הטיפול המומלץ לו.

4.31. התובע מופלה לרעה בהשוואה לחולה אחר שסבל מאותה מחלה, ויש לדחות את טענת הקופה בדבר שוני רלוונטי ביניהם, דהיינו שקצב התקדמות מחלתו של החולה האחר היה איטי והוא מיצה את כל הטיפולים שבסל, לנוכח העובדה שגם התובע מיצה את הטיפולים שבסל, על פי הנחיית פרופ' סיגל.

5.31. יש לדחות את טענת הקופה כי הסעד היחיד הוא החזרת עניינו של התובע לוועדה. בהיבט הרפואי אין מחלוקת על יעילות הטיפול ובהיבט התקציבי אין לוועדה יתרון על פני בית הדין. אין טעם להחזיר את עניינו של התובע לוועדה, וככל שבית הדין פוסל את החלטת ועדת החריגים עליו לחייב את הקופה לממן לתובע את תרופת האווסטין. לחלופין, יש להעניק לתובע סעד זמני המורה לקופה לממן את הטיפול עד אשר יסתיימו ההליכים.

#### 41. הקופה טענה כי עם כל הקושי יש לדחות את התביעה, מנימוקים אלה:

1.41. הקופה אינה טוענת כי חריגות חולה מסוים לעומת שאר החולים מהווה תנאי לקבלת התרופה, ובודאי לא תנאי סף. יחד עם זאת, באותם מקרים בהם אין בידי הקופה לממן את התרופה לכל החולים במחלה, יש ויהא בידה לממן את התרופה ליחידים חריגים, אשר מצבם שונה משאר החולים. כך למשל נהגה הקופה בעניינו של חולה AA אשר מצבו שונה מהותית, תוחלת חייו ארוכה מהרגיל (9 שנים) והוא בשונה מהתובע מיצה את כל הטיפולים הכימותרפיים הקשים הקיימים בספרות.

2.41. הקופה אינה מתחשבת בנתוני טיפול אשר נרכש באופן פרטי, ובוחנת את הבקשה באופן שווה לגבי כל המבוטחים, על פי מצב המבוטח ערב קבלת הטיפול הפרטי. זאת, כיון שהתחשבות בנתוני הטיפול אשר נרכש באופן פרטי פוגעת בעקרון השוויון ונותנת יתרון לבעלי אמצעים המסוגלים לממן מכספם את עלות הטיפול.

3.41. יש לדחות את טענת ההפליה אשר העלה התובע. נסיבות המבוטח האחר אשר קיבל את התרופה שונות מנסיבותיו של התובע. באותו מקרה לחולה הייתה תוחלת

חיים חריגה (9 שנים לעומת חודשים או שנים ספורות), התקדמות מחלתו הייתה איטית ביותר, והוא מיצה את כל הטיפולים הקיימים בספרות.

4.41. נטל הראייה להוכיח כי הוועדה פעלה שלא כראוי מוטל על התובע, ואין להטיל על הקופה את נטל הראייה. לפיכך, יש לדחות את הטענה כי על הקופה להוכיח את המעמסה התקציבית שתוטל עליה אם תיעתר תביעת התובע או כל נתון אחר. בכל מקרה, הקופה הוכיחה את "השיקול התקציבי", דהיינו כי היענות לבקשה תטיל עליה נטל כלכלי שאין ביכולתה לעמוד בו.

5.41. בית הדין לא ישים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות. לפיכך, גם אם נפל פגם בהחלטת הוועדה הסעד היחיד הוא החזרת עניינו של התובע לדיון נוסף בוועדה.

### 51. עיקר טענות המדינה:

1.51. חריגותו של המקרה המצדיקה דיון בוועדת חריגים אינה נובעת משונות מצבו של המבוטח לעומת מצבם של אחרים הזקוקים לאותו טיפול, כי אם מחריגותו לחובת הקופה על פי סל השירותים, דהיינו העובדה שהשירות המבוקש אינו בסל.

2.51. יש לדחות את העמדה כי על הקופה לדון בעניינו של מבוטח רק כאשר מדובר בטיפול מציל חיים, ויש לדון גם בטיפולים שהם מאריכי חיים או חיוניים לשמירת איכות חייו של המבוטח.

3.51. יש ממש בעמדת הקופה כי אין לשקול נתוני טיפול שהמבוטח מימן מכספו, וזאת לשם שמירה על עקרון השוויון. עם זאת, אין לקבוע כלל גורף כי בכל מקרה בו הוחל בטיפול תהיה הקופה מנועה מלשקול את תוצאות הטיפול שניתן. יש לשקול כל מקרה לגופו, ולהימנע מלשקול את נתוני הטיפול הפרטי כאשר קיים "חסם ממשי" לרכישת הטיפול על ידי רוב המבוטחים, וכאשר לא קיימת אפשרות של מימון הטיפול על ידי גוף חיצוני.

4.51. השיקול התקציבי הוא שיקול לגיטימי, אולם טענת הקופה כי היענות לבקשה תטיל עליה מעמסה תקציבית של 10 מיליון ₪ אינה ברורה, ולא ברור כיצד בוצע התחשיב.

5.51. הסעד הראוי הוא החזרת עניינו של התובע לדיון נוסף בוועדה.

**הכרעה****המסגרת הנורמטיבית:**

61. בהתאם לפסיקה, ועדת החריגים הינה גוף מעין שיפוטי המקבל החלטות הנתונו ת לביקורת שיפוטית. על ועדת החריגים חלה חובת ההגינות החלה על הרשות הציבורית, החובה לפעול בגבולות הסמכות שהותוותה בחוק, וכן החובה לפעול בסבירות תוך הפעלת שיקול הדעת באופן ראוי. לעניין זה נקבע **בעניין שטרית** [ע"ע 1091/00 **אלעד שטרית** – **קופת חולים מאוחדת**, פד"ע לה 5]:

*ועדת החריגים חייבת בניהול דיון כהלכתו, בקבלת החלטות לאחר בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית באופן המובנה והנכון. במסגרת זו תידרש הוועדה, בין היתר, להעמדת החולה לבדיקה רפואית אצלה או מטעמה, לבחינת החומר הרפואי וכל חומר רלוונטי הנדרש לעניין, קבלת חוות דעת רפואיות, דיון בהן, הערכתן והתייחסות לנאמר בהן, מתן הזדמנות לחולה להציג בפניה את טיעונו ואת החומר שיש עמו, להביאו בפניה וכל כיוצ"ב.*

*דיוני הוועדה צריך שימצאו ביטוי נאות בפרוטוקול, והחלטה שתינתן בסופו של דבר תנומק כדבעי, בשים לב לכלל החומר שהיה בפני הוועדה, כאמור.*

71. על יסוד אמות מידה אלה נבחן אם נפל פגם בהחלטתה של ועדת החריגים, תוך התייחסות לנימוקי החלטת ועדת החריגים.

81. נציין, כי אין צורך לדון בנימוק הראשון שועדת החריגים העלתה – "הטיפול אינו בסל", שכן כל החלטות ועדת החריגים עניינן טיפולים שאינם כלולים בסל התרופות, כך שברור כי נימוק זה הוא בעצם עובדה, ולא בגדר נימוק להחלטה שלא לאשר את מימון הטיפול לתובע.

**נימוק ראשון - החולה אינו חריג מבחינה רפואית:**

91. אחד הנימוקים להחלטת הוועדה היה כי "החולה אינו חריג מבחינה רפואית". בכתב ההגנה (סעיף 37) טענה הקופה כי בשל העדר יכולת ואמצעים לממן כל טיפול רפואי שאינו בסל לכל החולים הרבים המבקשים אותו, חובה על ועדת החריגים לבחון בנוסף האם ובאיזה אופן חריג המבקש הספציפי משאר החולים במחלתו. בסיכומי הטענות, מיתנה הקופה במידה מסוימת את טענתה, והבהירה כי **"במצב בו אין הקופה יכולה לממן מתן התרופה לכל החולים, יש ויהא בידה לממן תרופה אך ליחידים אשר מצבם הרפואי הינו**

**שונה ומיוחד משאר החולים**". יחד עם זאת, אין המדובר ב"טענת סף" או בחסם לבירור הבקשה, ודיון בעניינו של התובע התקיים ל גופו. עם זאת, יש השלכה לכך שמצבו של התובע אינו חריג ביחס לחולים אחרים על השיקול התקציבי.

**02.** על פני הדברים, מהחלטת הוועדה עולה כי הוועדה התייחסה לשיקול "החריגות", דהיינו לכך שהתובע אינו חריג בהשוואה לחולים אחרים החולים במחלה כשיקול העומד בפני עצמו ולא כחלק מהשיקול התקציבי, כנטען על ידי הקופה בסיכומים. גם **מעניין טיירו** [עב (ת"א) [11068/07](#) – **אילן טיירו** – **שירותי בריאות כללית** ; מיום 25.2.08] עולה כי עמדת הקופה היא שהחריגות הנדרשת היא חריגות מצבו של ה חולה הספציפי ביחס לחולים אחרים הסובלים ממחלה דומה או זהה.

**12.** נבהיר, כי אנו סבורים, כפי שפסק בית הדין האזורי בעניין טיירו, כי וועדת החריגים הוקמה כדי לבחון מקרים בהם מתבקש באופן חריג שירות או תרופה אשר אינו נכלל בסל השירותים. "חריגות" המקרה נבחנת ביחס לחובת הקופה לפי סל השירותים, ולא ביחס למטופלים אחרים הנזקקים לטיפול שאינו בסל. בעניין זה מקובלת עלינו גם פסיקתו של בית דין זה בעניין **דהאן** [עב [7215/09](#) **דהאן יורם – מכבי שירותי בריאות**; מיום 10.9.09] לפיה אין ועדת חריגים יכולה לדחות פנייתו של מבוטח אך ורק בהסתמך על הנימוק לפיו המבוטח לא הצביע על שוני רפואי בינו לבין המבוטחים האחרים החולים במחלתו, אשר מיצו או עלולים למצות את הטיפול שנכלל בסל. עם זאת, רשאית הקופה לשקול את עניין ה"חריגות" במסגרת השיקול התקציבי, דהיינו לצורך הערכה לכמה חולים יהיה עליה להעניק את הטיפול כתוצאה ממימון הטיפול למבוטח שעניינו נדון בפניה.

**22.** כפי שיובהר בהמשך, אנו סבורים כי היה על וועדת החריגים לשקול את תוצאות הטיפול באווסטין אותו מימן התובע מכספו. התובע החל בטיפול באווסטין בחודש ספטמבר 2008, ותגובתו הטובה לטיפול היא בגדר חריג, שכן על פי עדותו של דר' ליברמן בין 10% ל- 30% מגיבים לתקופה שהחציון שלה הוא 6 חודשים (ע' 7, ש' 15 – 16). לפיכך, התובע כן חריג ביחס לחולים אחרים במחלה, וזאת לאור תגובתו הטובה לטיפול.

### **נימוק שני - אין להתחשב בנתוני הטיפול שקיבל התובע במימון עצמי:**

**32.** לטענת הקופה, לנוכח עקרון השוויון, אין להפלות לטו בה מבוטח אשר רכש טיפול באופן פרטי. מדובר בתרופה שעלותה גבוהה ביותר, ועל כן האפשרות לרכישתה באופן פרטי פתוחה אך ורק לפני האמידים שבין המבוטחים. כן ידוע כי מעטות הקרנות הציבוריות אשר בידן לממן טיפול יקר זה. לפיכך, לאור עקרון השוויון, אין להתחשב בנתוני טיפול



אשר נרכש באופן פרטי , ויש לבחון את הבקשה על פי מצב המבוטח ערב קבלת הטיפול התרופתי.

**42.** עמדת המדינה בסוגיה זו מורכבת . לטענת המדינה, אין לקבוע באופן גורף כי בכל מקרה בו הוחל טיפול שלא במימון הקופה תהיה הקופה מנועה מלשקול את תוצאות הטיפול שניתן לצורך קבלת החלטה על המשכו, אלא יש לשקול כל מקרה לגופו . מקום בו דרישה כזו שכזו יוצרת חסם ממשי ומהותי בפני חולים מן השורה , יהיה טעם בעמדתה של הקופה. אולם, לא כל המקרים הם בהכרח כאלה : יש שעלות הטיפול בשלבי ההתחלתיים אינה מטילה מעמסה כספית כבדה היוצרת חסם כזה , או שהתחלת הטיפול לנעשית בדרך אחרת, שאינה מטילה מעמסה כספית על המבוטח ונותנת הזדמנות שווה לכל החולים במצבו. בדרך כלל, ראוי שוועדת החריגים תדון בסיכויי הפוטנציאליים של הטיפול – עד כמה שהדבר ניתן – במנותק ממידע שהופק מהתחלת הטיפול במימון פרטי, וזאת על מנת להימנע מחשש לאפליית מבוטחים על בסיס מצבם הכספי.

**52.** התובע טען כי העובדה שקיבל בפועל את הטיפול באווסטין אינה יוצרת "אי שוויון" כלפי חולים אחרים במצבו, שכן בכל מקרה הטיפול החלופי המומלץ הוא אווסטין, בין אם כבר החל החולה לקבלו ובין אם טרם החל לקבלו . אם עניינו של התובע היה נדון בט רם החל לקבל את הטיפול החלופי, דבר לא היה משתנה. אין להתעלם מהעובדה כי הטיפול החלופי יעיל, כשם שלא היה מקום להתעלם מהמקרה ההפוך , דהיינו במקרה בו היה מסתבר כי הטיפול החלופי אינו משפיע על התובע ולכן אין טעם לאשרו.

**62.** אנו סבורים כי בנסיבות המקרה הנדון אין לקבל את עמדתה של הקופה כי אין להביא בחשבון את תגובת התובע לטיפול באווסטין . מדובר בנתון משמעותי, והתעלמות ממנו היא מלאכותית. את עקרון השוויון ניתן להגשים בדרך אחרת . לדעתנו, ולכך נתייחס גם בדיון על השיקול התקציבי, ועדת החריגים רשאית להביא בין שיקוליה את מצבו הכלכלי של המבוטח הפונה אליה. בדרך זו, ככל שיפנה מבוטח שמימן את התרופה מכספו, הקופה תתחשב בתוצאות הטיפול, אך תביא בחשבון גם את אפשרויותיו הכלכליות לממן את הטיפול בהחלטתה אם לאשר את מימון הטיפול על ידי הקופה . נוסף, כי הקופה יכולה להחליט לממן את הטיפול במלואו או בחלקו, בשיעורים שונים, בהתחשב במצבו הכלכלי של המבוטח. [וראו לעניין זה – עניין דהאן, סעיף 24 לפסק הדין].

**72.** דרך נוספת להגשים את עקרון השוויון היא שככל שיפנה לקופה מבוטח שטרם קיבל את הטיפול, נקודת המוצא לדיון תהיה כי תגובתו של המבוטח לטיפול תהיה טובה , כאשר

האישור יינתן לתקופה בת מספר חודשים , שלאחריה תיבדק תגובת המבוטח לטיפול וההצדקה להעניק לו את הטיפול.

82. אין להתעלם מהעובדה שקבלת התרופה במימון פרטי עשויה גם לצמצם את הבקשות שיוגשו לקופה, שכן חולים שיקבלו את התרופה במימון פרטי ושלמרבה הצער לא יגיבו לטיפול לא יבקשו מ הקופה מימון להמשך הטיפול . בכך, יועמדו משאבים לטובת חולים אחרים.

92. נוסף, כי לעתים מקבלים מבוטחים טיפול שאינו בסל הבריאות שלא במימון פרטי אלא במימון אחר (השתתפות בניסוי, מימון על ידי חברת תרופות, מימון על ידי תרומות או על ידי עמותות). לא ברור מעמדת הקופה אם הקופה מתחשבת בתוצאות טיפול שמומן לא על ידי המבוטח אלא על ידי גורמים אחרים . ככל שהקופה מתחשבת בתוצאות טיפול שמומן לא על משום הפליה של מבוטחים שמימנו את הטיפול מכספם . כמו כן, אפשרויות אלה מעידות כי לא בהכרח מבוטח שקיבל את הטיפול שלא במימון הקופה הוא בעל אמצעים [וראו לעניין זה – עניין דהאן, סעיף 24 לפסק הדין].

03. **כללו של דבר** : אנו סבורים כי היה על הקופה להביא בין שיקוליה את תוצאות הטיפול באווסטין שקיבל התובע, וכי נפל פגם בהחלטתה לנוכח העובדה שלא שקלה נתון זה.

### **נימוק שלישי – המשמעות התקציבית של אישור מימון הטיפול לתובע:**

13. השיקול העיקרי שהועלה על ידי הקופה הוא שקבלת בקשתו של התובע תטיל על הקופה מעמסה תקציבית של 10 מיליון ₪, לנוכח חובתה לנהוג בשוויון כלפי כל מבוטחיה, ולאשר את הטיפול לכל החולים הסובלים מגידול במוח, לאחר שיחדלו להגיב לתרופת הטמודל.

23. הצדדים הרחיבו בשאלת נטל ההוכחה, כאשר הקופה טענה כי עומדת לזכותה חזקת תקינות המעשה המינהלי, ונטל ההוכחה כי נפל פגם בהחלטתה מוטל על התובע, לרבות הוכחת הטענה כי התחשיב שהוצג על ידי הקופה אינו נכון . התובע טען מנגד כי נטל ההוכחה בדבר ההשלכות התקציביות "מוטל כל כולו על הנתבעת", לנוכח העובדה שמלוא הנתונים (מספר חולים במחלתו של התובע, מספר החולים שפנו בבקשה לקבל אווסטין וכו') מצויים בידי הקופה. אנו סבורים, כי לאור מהות ההליך, הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטת הגורם המוסמך, הדיון על נטל הראייה אינו רלוונטי . כאמור, בהתאם לפסיקה, בית הדין בוחן אם החלטת הקופה התקבלה כראוי, דהיינו בהגינות ובתום לב, באופן ענייני, תוך שקילת כל השיקולים הרלוונטיים ובסבירות. משהעלתה הקופה את השיקול התקציבי כנימוק עיקרי להחלטתה שלא לאשר את בקשתו של התובע, נימוק זה נתון

לביקורת שיפוטית, דהיינו לביקורת אם תחשיב הקופה נעשה על בסיס הנתונים הרלוונטיים ובאופן סביר. אין די בכך שהקופה מצהירה באופן סתמי על עלות מימון התרופה על פי תחשיב שערכה, אלא עליה להציג בפני בית הדין חישוב מפורט ולהסביר את התחשיב שערכה, על מנת שבית הדין יוכל להעביר ביקורת שיפוטית על ההחלטה ועל השיקולים שעמדו ביסוד ההחלטה. מעבר לכך, כרשות ציבורית, על הקופה מוטלת חובה לפעול בתום לב ובשקיפות, וגם מכוח חובה זו עליה להציג את הנתונים והשיקולים אשר שימשו בסיס לטענתה כי עלות היענות לבקשתו של התובע היא 10 מיליון ₪.

33. להלן, נבחן את טענות הקופה בנוגע לשיקול התקציבי. ד"ר ליברמן העיד בתצהירו כי **"לאור עקרון השוויון, עם מתן תרופת האוסטיין לתובע דנן, תהא הקופה מחויבת במתן התרופה לכל החולים במצבו של התובע. עלותו הצפויה של מתן התרופה לכל החולים הוערכה בסכום משוער של כ- 9 - 10 מיליון ₪ לשנה, סכום אשר אין באפשרות הנתבעת לעמוד בו לאור הפגיעה בתקציבה"**.

43. כאמור, גישת הקופה, כעולה מנוסח התצהיר, לפיה אין היא נדרשת להציג את התחשיב בפני בית הדין אינה מקובלת עלינו. כאמור, על מנת שבית הדין יוכל לקיים ביקורת שיפוטית על החלטת הקופה, עליה להציג תחשיב מפורט. כמו כן, על הקופה להציג תחשיב מפורט גם מכוח חובתה לפעול בתום לב ובשקיפות.

53. נקודת המוצא לטענתה של הקופה היא שככל שתאשר את בקשתו של התובע יהיה עליה לממן באופן מלא את הטיפול לכל המבוטחים שלקו בגידול במוח. כאמור לעיל, לדעתנו נקודת מוצא זו אינה נכונה, שכן ועדת החריגים רשאית לשקול בין שיקוליה את מצבו הכלכלי של המבוטח, ולאשר גם מימון חלקי של הטיפול, ככל שמצבו הכלכלי של המבוטח אינו מצדיק מימון מלא של התרופה.

63. זאת ועוד. בתשובות לשאלון שנשלח על ידי התובע (אשר על פי המוסכם בין הצדדים הן חלק מחומר הראיות בפני בית הדין) השיבה הקופה כי אין בידה רישום מספרי החולים בגידולים השונים של המוח, אלא אך רישום לגבי חולים הנזקקים לתרופת הטמודל, המותווית בשנים האחרונות לטיפול קו ראשון בגידולי מוח אגרסיביים, וכי על פי הערכתה מספר החולים בגידולי מוח גדול יותר, כיון שלא כל החולים מטופלים בטמודל. בעדותו בחקירה נגדית התבסס מר ליברמן על נתונים אחרים לעניין מספר החולים בגידולים השונים של המוח. זאת ועוד. על פי עדותו של מר ליברמן, בין 10% ל- 30% מהחולים מגיבים לאוסטיין לתקופה שהחציון שלה הוא 6 חודשים (ע' 7, ש' 15 – 16). לעומת זאת, מעדותו עולה כי התחשיב נערך על יסוד ההנחה שכל החולים שיקבלו טיפול באוסטיין

יקבלו אותו למשך שישה חודשים (עי' 5, ש' 19 – 23). גם עניין זה לא הובהר די צורכו, שכן אם רק 10% עד 30% מגיבים לאווסטין, לא ברור מדוע נקודת המוצא לתחשיב היא **שכל** החולים יטופלו במשך חצי שנה. בסיכומי הטענות נטען באופן סתמי (ללא שטענה זו נתמכה בראייה כלשהי) כי יש לתת את התרופה "לכל החולים למשך מספר חודשים לא מוגדר" כיון שלא ניתן לחזות מראש מי מבין החולים יגיב לתגובה, ולא ניתנה התייחסות לשאלה אם ניתן לבחון את התגובה של 90% עד 70% שאינם מגיבים לאווסטין בפרק זמן קצר יותר מחצי שנה. גם הטענה בסיכומים כי הדרך הנכונה לבחינת תגובה לתרופות היא באמצעות חציון (ולא ממוצע) לא נתמכה בראייה כלשהי.

73. **כללו של דבר** : בהתאם לפסיקה ב **עניין שטרית**, על החלטת ועדת החריגים להיות "מנומקת כדבעי". הן בהחלטת ועדת החריגים והן בנתונים שהוצגו (או נכון יותר – לא הוצגו) בפני בית הדין בנוגע להשלכות התקציביות לא קיימה הקופה את החובה המוטלת עליה לנמק את החלטתה כראוי. נבהיר, כי איננו קובעים כי התחשיב שהוצג על ידי התובע בסיכומיו הוא התחשיב הנכון. אנו קובעים, כי עניין השיקול התקציבי לא הובהר, וכי הקופה לא נימקה כנדרש וכראוי מרכיב זה של החלטה, שהוא המרכיב המרכזי של ההחלטה.

### הסעד הראוי:

83. התובע טען כי יש לדחות את טענת הקופה כי הסעד היחיד שבית הדין מוסמך לתת הוא החזרת הדיון בעניינו של התובע לוועדה. לטענת התובע, אין טעם להחזיר את הדיון בעניינו של התובע לוועדה, ואין להתיש את התובע בדיונים חסרי תוחלת בוועדה. בהיבט הרפואי – אין מחלוקת בדבר יעילות הטיפול ולכן אין תכלית בקיום דיון חוזר בוועדה. בהיבט התקציבי – לוועדה אין כל יתרון על פני בית הדין, מה גם שההיבט התקציבי מחייב שמיעת ראיות וחקירת עדים ובית הדין הוא הפורום הנאות לכך. לחלופין, יש להעניק לתובע סעד זמני עד לסיום ההליכים.

93. הקופה טענה כי בהתאם לפסיקה, גם אם נפל פגם בהחלטת ועדת החריגים, הסעד היחיד שבית הדין מוסמך לפסוק הוא החזרת עניינו של התובע לוועדה, כיון שבית הדין לא ישים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות המוסמכת. בעמדה זו של הקופה תמכּה גם המדינה בנייר העמדה מטעמה.

04. ככלל, מקובלת עלינו עמדת הקופה כי הסעד הראוי במקרה בו נפל פגם בהחלטתה של ועדת החריגים הוא החזרת עניינו חבר הקופה לדיון בוועדה, שכן בית הדין לא ישים את

שיקול דעתו במקום שיקול דעתו של הגורם המוסמך . יתר על כן . אנו סבורים כי במקרה הנדון אין בידי בית הדין הנתונים והכלים לשקול אם יש מקום להיענות לבקשתו של התובע לממן את התרופה . כך למשל , אין בידי בית הדין נתונים על תקציבה הכולל של הקופה ועל ההשלכות התקציביות של היענות לבקשתו של התובע , גם אם העלות היא פחותה מ- 10 מיליון ש"ח, כנטען על ידי הקופה. העובדה שנפל פגם בהחלטת וועדת החריגים אינה מקנה לתובע זכאות למימון הטיפול על ידי הקופה , שכן אין זה וודאי שגם אם תנחה עצמה בשיקולים הרלוונטיים כמתחייב מפסק הדין , המסקנה היא שיש להיעתר לבקשת התובע. אשר על כן, אנו דוחים את בקשת התובע לחייב את הקופה לממן לו את הטיפול.

14. יחד עם זאת , נפלו פגמים בהתנהלות הקופה כלפי התובע . ראשית, התובע פנה לקופה בבקשה לדון בעניינו בחודש פברואר 2009, ורק בחודש מאי 2009 ניתנה לו תשובתה הראשונית של הקופה, בה נדחתה בקשתו על הסף על ידי המחלקה המשפטית, ורק בחודש יוני 2009 דנה ועדת החריגים בעניינו. לא ניתן על ידי הקופה הסבר לעיכוב . שנית, כעולה מהאמור לעיל נפלו פגמים בהחלטת וועדת החריגים , בכך שלא התחשבה בתוצאות הטיפול באווסטין שניתן לתובע , בכך שנקודת המוצא לדיון הייתה עליה לממן באופן מלא את הטיפול לכל החולים האחרים שיהיו במצבו של התובע, ובכך שלא נימקה כראוי את השיקול התקציבי, ולא ביססה את טענתה כי עלות היענות לבקשת התובע היא תשעה עד עשרה מיליון ש"ח. לאור הפגמים שנפלו בהתנהלות הקופה, אשר הביאו להארכת ההליכים בעניין בירור זכאותו של התובע למימון הטיפול , אנו סבורים כי התובע זכאי לקבל מהקופה מימון לטיפול בתקופה שעד להכרעה כראוי בעניינו , החל ממועד הגשת התביעה ועד למתן החלטה סופית בעניינו על ידי ועדת החריגים.

24. **סוף דבר :** התביעה מתקבלת, ואנו מורים לוועדת החריגים לשוב ולהתכנס ולדון שנית בעניינו של התובע . בשיקוליה, על ועדת החריגים להביא בחשבון את תגובתו של התובע לטיפול. בכל הנוגע לשיקול התקציבי על הוועדה לפרט את הנתונים ששימשו בסיס לתחשיב העלות המשוערת שנערך על ידה , לפרט את התחשיב וליתן החלטה מנומקת ומפורטת בעניין זה . לנוכח הפגמים שנפלו בהחלטה , זכאי התובע לקבל מהקופה מימון לטיפול בתקופה שעד להכרעה כראוי בעניינו , החל ממועד הגשת התביעה ועד למתן החלטה סופית בעניינו על ידי ועדת החריגים . התשלום בעד הטיפולים שניתנו ממועד הגשת התביעה עד היום ישולמו בתוך 30 יום ממועד המצאת פסק הדין לקופה . תשלומים בעד טיפולים עתידיים ישולמו לתובע או ישירות למוסד הרפואי ש לווה ימים לפני כל טיפול. מובהר, כי גם אם בקשתו של התובע תידחה על ידי ועדת החריגים , לא יהיה עליו להשיב את הסכומים ששולמו לו כאמור לעיל.

54. הקופה תשלם לתובע שכ"ט עו"ד בסך של 5,000 ₪, בצירוף מע"מ כדין. אם סכום זה לא ישולם בתוך 30 יום מהמועד בו יומצא לקופה פסק הדין ישא הסכום הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ועד למועד התשלום בפועל. אין צו להוצאות לטובת המדינה.

ניתן היום, 20.10.09, בהעדר הצדדים.

נ.צ. (מעבידים)

לאה גליקסמן, שופטת

נ.צ. (עובדים)

לאה גליקסמן 54678313-7272/09

גב' רות אסרף – באני

מר שלמה פרלוב סגנית הנשיאה

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)