

המבקשות:

1. ת.ז. [REDACTED]
2. ת.ז. [REDACTED]

ע"י עוה"ד ד. כספי ו/או ד. סרור
ו/או נ. לאונר ו/או א. רייף ליגנזה
ו/או ש. פרידן ו/או ו. בקשי
ו/או ד. אביבי נחום ו/או ל. רוכמן זיו
ו/או א. בביץ-הירש ו/או ת. מייברג לביא
מרח' יגאל אלון 98, ת"א 67891
טל': 03-5628883 פקס: 03-5625445

- נ ג ד -

המשיבה:

מכבי שירותי בריאות
רח' המרד 27, תל אביב 68185

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית

ביהמ"ש הנכבד מתבקש בזאת להפעיל את סמכותו מכוח חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו – 2006 (להלן: "חוק התובענות הייצוגיות"), ולקבוע כדלקמן:

- א. להורות על אישור התובענה המצ"ב לבקשה זו כתובענה ייצוגית.
- ב. להגדיר את עילות התובענה והקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית, בהתאם למבוקש בבקשה זו.
- ג. להורות על מתן הסעדים המפורטים בבקשה זו לטובת המבקשות והקבוצה המוגדרת.
- ד. להורות כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם באופן שיקבע ע"י ביהמ"ש הנכבד, וכן לחייב המשיבה בהוצאות הפרסום.
- ה. לפסוק תשלום גמול מיוחד למבקשות בגין הגשת בקשה זו והתובענה וכן לפסוק את שכר טרחת ב"כ המבקשות.
- ו. בד בבד עם הגשת בקשה זו, תמסורנה המבקשות הודעה בדבר הגשת הבקשה למנהל בתי המשפט ולממונה על הגנת הצרכן.

מצ"ב **כנספח 1** לבקשה – **עותק התובענה אותה מתבקש ביהמ"ש הנכבד לאשר כתובענה ייצוגית – בצירוף נספחים (1.1 – 1.5).**

מצ"ב **כנספח 2** לבקשה – תצהיר המבקשת 1 בצירוף תיעוד רפואי רלוונטי.

מצ"ב **כנספח 3** לבקשה – תצהיר המבקשת 2 בצירוף תיעוד רפואי רלוונטי.

כמו כן מוגשת במקביל להגשת הבקשה וכתב התביעה - בקשה לאיסור פרסום פרטים מזהים של המבקשות 1 ו- 2.

1. פתח דבר

- 1.1 בבסיס תובענה זו והבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית, התנהלותה המקוממת של המשיבה (להלן: **קופ"ח ו/או המשיבה**), המבצעת למבוטחותיה, חברות קופ"ח הנדרשות לבדיקת אולטרה-סאונד גניקולוגי (וגינאלי), את הבדיקה הפולשנית והרגישה - **באמצעות מתמר לדני (וגינאלי) מזוהם, אשר אינו עובר חיטוי כמתחייב מהוראות מפורשות של משרד הבריאות.**
- 1.2 בחוזר מס' 3/2017 של מנהל הרפואה, קבע משרד הבריאות "**הנחיות לניקוי וחיטוי של מתמרי אולטרה-סאונד לדני**", ובכך עידכן הנחיות ישנות ובלתי מספקות, והתאימן להמלצות מקצועיות בין-לאומיות, במטרה למניעת סיכון לזיהומים הטמון בשימוש במכשיר הבא במגע עם ריריות. משרד הבריאות פרסם את החוזר ביום **30.1.17**, ואיפשר למוסדות הרפואיים חצי שנה של היערכות, בקובעו כי הם נדרשים להיערך ליישום ההנחיות **עד לחודש אוגוסט 2017.**
- 1.3 בניגוד להוראות מחייבות אלה, המשיבה לא טרחה לרכוש ולצייד את מרפאותיה בתכשירי החיטוי המתחייבים על פי חוזר משרד הבריאות, ובהתאם גם לא להנחות את רופאיה ו/או את טכנאי האולטרה-סאונד לבצע את החיטוי הנדרש בין בדיקה לבדיקה, וזאת על פני מעל שנה וחצי מפרסום החוזר ומעל שנה מתום תקופת ההיערכות.
- 1.4 התוצאה: הרופאים, הטכנאים, המרפאות והמכונים המבצעים בדיקות אולטרה-סאונד גניקולוגי-וגינאלי במסגרת המשיבה - מפרים מידי יום ושעה באופן שיטתי את הנוהל המחייב כלפי ציבור רחב ביותר של נשים, ומבצעים להן בדיקות במטמרים מזוהמים ו/או לא נקיים דיים; מידי יום עוברות מאות מטופלות קופ"ח (אם לא למעלה מכך) בדיקות חודרניות, מהסוג הרגיש ביותר, ע"י מתמר מזוהם, בניגוד להוראות החיטוי של משרד הבריאות; כך, בניגוד לדין (כהגדרתו בסעי' 1 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש)), **ותוך זלזול מחפיר בציבור שלם של נשים, מטופלות המשיבה!**
- 1.5 אם לא די בשאט הנפש המתעוררת מעצם השימוש במכשיר מזוהם כאמור - שימוש חוזר מטופלת אחר מטופלת, הרי שהדבר נעשה תוך העמדת המטופלות בסיכון להידבקות במחלות זיהומים וסיכון בריאותן.
- 1.6 המשיבה, אשר תפקידה לשמור על בריאות מטופלותיה, מפרה את חובתה באופן בוטה ושיטתי, ומטעמים לבר-רפואיים מבצעת למטופלותיה בדיקות חודרניות מן הסוג הרגיש ביותר, באמצעות מכשירים שלא חוטאו כנדרש, ביודעין אך ללא ידיעתן, באופן השולל מהן את זכות הבחירה, תוך פגיעה באוטונומיה במובנה הבוטה והמוחשי ביותר!
- 1.7 נוכח ההפרה השיטתית של המשיבה את הוראות משרד הבריאות, והפגיעה הקשה במבקשות ובקבוצה רחבה ביותר של מבוטחות המשיבה, מוגשת בקשה זו לאישור התובענה כתובענה ייצוגית.
- 1.8 מצ"ב **כנספח 4** לבקשה - חוזר משרד הבריאות בעניין "**הנחיות לניקוי וחיטוי של מתמרי אולטרה-סאונד לדני**" (מצורף גם כנספח 1.1 לכתב התביעה).

2. זהות הצדדים

- 2.1 המבקשת 1, הינה ילידת 1987, בת 31, אם לשלושה, חברת קופ"ח מכבי.
- 2.2 המבקשת 2, הינה ילידת 1965, בת 53, אם לשלוש, חברת קופ"ח מכבי.

2.3 המשיבה, מכבי שירותי בריאות, הינה קופת חולים (להלן, כאמור: **קופ"ח ו/או המשיבה**), אשר התחייבה, במסגרת תפקידיה, להעניק שירותים רפואיים לחבריה וביניהם למבקשות, מי שבכל מועד רלוונטי לתובענה זו הייתה מעסיקתם ו/או מעבידתם ו/או שלוחתם של אנשי הצוות הרפואי ו/או הפרה-רפואי אשר ביצעו למבקשות ולחברות הקבוצה בדיקות באמצעות מתמרים לדניים שלא חוטאו כנדרש, ומי שאחראית, בין השאר, לרכישת ציוד החיטוי, הכשרת הצוות המטפל לביצוע החיטוי, ופיקוח על יישום נהלי החיטוי במרפאותיה ו/או ע"י שלוחיה, הכל בהתאם להוראות משרד הבריאות.

3. הקבוצה שייצוגה מתבקש

3.1 הקבוצה אותה יתבקש ביהמ"ש הנכבד לאשר ובשמה מוגשת התובענה הייצוגית (להלן: **חברות הקבוצה**), כוללת את כל המטופלות המבוטחות אצל המשיבה, אשר ביצעו בדיקות אולטרה-סאונד וגינאלי במרפאות המשיבה ו/או ע"י רופאים ו/או טכנאים ו/או ע"י מי מטעם המשיבה (לרבות במרפאות עצמאיות המעניקות שירותים למשיבה), החל מאוגוסט 2017 ועד למועד אישור הבקשה לכל המוקדם, או באופן צודק יותר - עד המועד בו תואיל המשיבה להטמיע את נהלי החיטוי המחייבים של משרד הבריאות (ר' סע' 10 (א)(ב) לחוק תובענות ייצוגיות).

3.2 באופן טבעי אין בידי המבקשות נתונים מדויקים לגודל הקבוצה - נתונים אלו מצויים בידי המשיבה וניתנים לאיתור על ידה ללא כל קושי. נוכח האמור, יתבקש ביהמ"ש הנכבד להורות על איתורם, עיבודם וגילויים במסגרת ההליך. אך יובהר: **בדיקת אולטרה-סאונד וגינאלי הינה בדיקה שגרתית ובסיסית, הן כחלק ממעקב גניקולוגי שגרתית, הן במסגרת מעקב הריוני, הן לאחר לידה, הן כחלק מבירור ממצא והן במסגרת מעקב אחר מחלה גניקולוגית.** בהערכה גסה וזהירה: על פי נתונים שמפורסמים על ידי ביטוח לאומי בדו"ח המסכם את חלוקת התושבים בין קופ"ח לצורך חלוקת תקציבים כספיים ליום 1.1.17, ישנן 1,089,496 נשים מבוטחות בקופה. מתוך קבוצה זו - 538,715 נשים מצויות בחתך הגילאים בו מבוצעות לרוב בדיקת אולטרה-סאונד וגינאלי (גיל 25 ועד 65). גם אם רק מחציתן עברו בדיקת אולטרה-סאונד וגינאלי, החל מאוגוסט 2017 ועד ליום הגשת תובענה זו, הרי שמדובר בכ- **270 אלף נשים**. אפשר שהקבוצה גדולה יותר בהינתן שכיחות הבדיקה, ומשך התקופה, ואף סביר כי חלקן עברו את הבדיקה יותר מפעם אחת בתקופה זו, אם בהריון ואם במעקב רפואי - כפי שאכן היה במקרה של המבקשת 1 (כמפורט להלן בסע' 5 ובתצהירה המצ"ב לבקשה).

3.3 משהוחדר לאברים הפרטיים של חברות הקבוצה מכשור שלא חוטא כנדרש, ללא ידיעתן, תוך שלילת אפשרות הבחירה שלהן לגבי עצם ודרך ביצוע הבדיקה, ותוך סיכון בריאותן - ברור כי הפגיעה בזכותן לאוטונומיה על גופן והחלטותיהן הינה מהקשות שיש.

3.4 מצ"ב **כנספה 5** לבקשה - דו"ח חלוקת תושבים של ביטוח לאומי.

4. הוראות משרד הבריאות

4.1 כאמור, ביום **30.1.17** הוציא מנהל הרפואה במשרד הבריאות את חוזר מס' 3/2017 (להלן: **החוזר ו/או חוזר משה"ב**), בו קבע "**הנחיות לניקוי וחיטוי של מתמרי אולטרה-סאונד לדניים**", והתאימן להמלצות מקצועיות בין-לאומיות.

4.2 החוזר נכתב על ידי היחידה הארצית למניעת זיהומים במשרד הבריאות (להלן: **היחידה למניעת זיהומים**) - גוף מקצועי, האמון, בין היתר, על קביעת הנחיות ונורמות לצורך מניעת תחלואה זיהומית, בהתבסס על מחקרים ובדיקות שהוא עורך, מחקרים בינלאומיים והידע הרפואי. מכאן חשיבות הנחיותיו.

4.3 כך, בהתאם לאתר משרד הבריאות, הוגדר תפקידה העיקרי של היחידה למניעת זיהומים באיטוף נתונים ובניית תמונת מצב עדכנית על התחלואה והתמותה ממחלות זיהומיות בישראל, בכדי להוות בסיס לקבלת החלטות בעת ניהול תרחישים של תחלואה זיהומית, בחירום ובשגרה.

4.4 כמו כן, נכתב באתר משרד הבריאות, כי ליחידה מגוון רחב של שיתופי פעולה בתחום המחלות הזיהומיות עם גורמים בארץ ובח"ל, עם חוקרים וקבוצות מחקר במערכת הבריאות, באקדמיה, בשוק הפרטי ועם מערכות ניטור בין-לאומיות.

4.5 בעת כתיבת חוזר משה"ב התבססה היחידה למניעת זיהומים על המלצות מקצועיות בין לאומיות לניקוי וחיטוי אולטרסאונד לידני, אשר הובאו כסימוכין בחוזר. המלצות אלו התבססו בין השאר גם על ההנחיות האמריקאיות מטעם ארגון - American Institute of Ultrasound in Medicine (AIUM) - ארגון רב תחומי המוקדש לשימוש באולטרסאונד, ומורכב מלמעלה מ-10,000 חברים ממקצועות מגוונים הנוגעים לתחום האולטרסאונד: סונוגרפים, רופאים, מדענים, מהנדסים, יצרני ציוד אולטרסאונד, ספקי שירות ועוד.

נעלה מכל ספק, איפה, כי בקובעם את הנחיות חיטוי המתמרים - פעלו משרד הבריאות והיחידה למניעת זיהומים, על בסיס מסד נרחב ותקף של נתונים, מחקרים, ספרות, ידע רפואי מבוסס והמלצות בינ"ל.

4.6 בסעיף 1 לחוזר נימק משרד הבריאות את הצורך ותחשיבות של הנחיות החיטוי: "ללא ניקוי וחיטוי מתאימים, קיים סיכון להעברת זיהומים בין מטופלת למטופלת. מתמר אולטרה-סאונד לדני הוא פריט קריטי למחצה semicritical device – מכשיר רפואי הבא במגע עם ריריות, ובהתאם מחויב בחיטוי ברמה גבוהה high level disinfection" (ההדגשות להלן, בציטוטים המופיעים בבקשה זו, אינן כבמקור אלא אם כן יצוין אחרת).

4.7 בהתאם, בסעיף 6 לחוזר, קבע משרד הבריאות כי יש לחטא את המתמר בתכשיר לחיטוי ברמה גבוהה (להבדיל ממגבוני חיטוי רגילים שאינם עומדים בסטנדרט זה), באחת משתי דרכים: חיטוי כימי, תוך פירוט סטנדרטיים מחייבים כחלק מחיטוי כימי בחוזר עצמו, או חיטוי פיזיקלי. עוד קבע משרד הבריאות כי בשתי האלטרנטיבות יש לבצע את החיטוי באמצעות תכשיר שקיבל אישור להתוויה זו על ידי אמ"ר - האגף האמון על אישור ורישוי אביזרים ומכשירים רפואיים, ובהתאם להנחיות היצרן.

4.8 בנוסף קבע משרד הבריאות בחוזר הוראות קפדניות לעניין דרך ניקוי המתמר וכללי הגיינה בעת הבדיקה עצמה, ולרבות שמירה על היגיינת ידיים ועטיית כפפות נקיות בטרם השימוש במתמר החדני, ושימוש בקונדום ייעודי חד פעמי וארוז בנפרד (סעיף 4, 5 לחוזר), תוך הבהרה כי "השימוש בקונדום החד פעמי אינו מהווה תחליף לניקוי וחיטוי". עוד קבע משרד הבריאות, כי "יש להקפיד על ניקוי וחיטוי בתחילת כל מחזור פעילות במכשיר נתון (תחילת משמרת, יום עבודה, וכו') בנוסף לחובת הניקוי והחיטוי לאחר כל פעולה" (ההדגשות במקור).

4.9 באשר לאחריות על קיום ההוראות, נקבע בסעיף 8 לחוזר:

"8.1. מבצע הבדיקה במתמר אחראי לניקוי וחיטוי המתמר בהתאם לנוהל זה.

8.2. מנהל המוסד אחראי לקיום הנחיות בחוזר זה ובכלל זאת: מלאי הציוד הנדרש ובקיאות הצוות המטפל בנוהלי הניקוי והחיטוי.

8.3. הממונה על מניעת זיהומים במוסד אחראי לביצוע בקרה עיתית על קיום הנחיות אלו."

4.10 בשל חשיבות הנושא, הופץ החוזר באופן נרחב אל גורמים רבים, ובין היתר גם: לשר הבריאות, צה"ל, שירות בתי הסוהר, משטרת ישראל, מנהלי בתי-חולים, יו"ר ההסתדרות הרפואית, יו"ר הסתדרות האחיות, מנכ"ל החברה לסיכונים ברפואה, מנכ"ל ענבל, מנהלי קופות-החולים ומנהלי האגפיים הרפואיים בקופות-החולים, וביניהם גם למנכ"ל ולמנהל האגף הרפואי של קופ"ח מכבי - המשיבה.

4.11 הנה כי כן, חוזר משה"ב, המוכר והידוע למשיבה, מחייב התייחסות לכל מטופלת כאילו הייתה נשאת של מחולל זיהום - מחד, וכאל מי שמצויה בסיכון להידבק במחולל זיהום - מאידך. בהתאם לכך, מחייב החוזר באופן חד-משמעי חיטוי של המתמר הן בתחילת יום פעילות והן בין מטופלת למטופלת, תוך פירוט מדוקדק של פעולות החיטוי והניקוי הנדרשים ואמצעי החיטוי. למרות זאת, בניגוד להוראות ותוך זלזול בציבור המטופלות, עשתה המשיבה ועודנה עושה לעצמה דין ופועלת בניגוד להוראות החוזר, תוך סיכון מטופלותיה - ביודעין, אך ללא ידיעתן.

5. החלק העובדתי

5.1 המבקשת 1

5.1.1 המבקשת 1 ביצעה מאז **1.8.17**, מועד כניסתן לתוקף של הוראות חוזר משה"ב, לפחות שתי בדיקות אולטרה-סאונד וגינאלי במסגרת מרפאות המשיבה ו/או ע"י שלוחיה, מבלי שידעה ומבלי שהעלתה על דעתה, כי המתמרים בהם נעשה שימוש לא עוברים ניקוי וחיטוי הולמים, באמצעים ובדרך המתחייבים מכוח הוראות משרד הבריאות ובאופן המתחייב לצרכי הגיינה והגנה מפני זיהומים.

5.1.2 ביום **5.11.17**, כשהייתה בהריון בשלבים מוקדמים, פנתה המבקשת 1 לבדיקת רופא נשים, במרפאת קופ"ח מכבי בתל אביב (לפרטי המרפאה - ר' תצהירה של המבקשת), לצורך מעקב הריוני שגרתי. במסגרת הביקור ביצע לה הרופא בדיקת אולטרה-סאונד וגינאלי.

5.1.3 בתום ההריון, ביום **16.7.18**, שבה המבקשת 1 למרפאה זו, לביקורת שגרתית לאחר לידה, ובמסגרת הביקור ביצע לה הרופא שוב בדיקת אולטרה-סאונד עם מתמר וגינאלי.

5.1.4 בשתי הפעמים לא נאמר ו/או הוסבר למבקשת 1 דבר אודות אופן חיטוי המתמרים, ולא כל שכן אודות הוראות משה"ב בנושא ו/או חוזר משה"ב. המבקשת 1 הניחה שניקוי המכשיר והחלפת הקונדומים - מקיימים את הסטנדרט ההולם לצורך בדיקה זו, הקפדה על בריאותה והגנה מפני זיהומים, לא חשדה שדבר מה אינו כשורה, ולא יכולה היתה להעלות על דעתה כי המתמר ואופן חיטויו אינם עומדים בסטנדרט המחייב ו/או לא מקיימים את הוראות משרד הבריאות בנושא.

5.1.5 לאחרונה נודע למבקשת 1, לתדהמתה, שהמשיבה פועלת ופעלה במועדים המצויינים לעיל, בניגוד להוראות משרד הבריאות בנושא דרכי חיטוי המתמרים בבדיקות אלה, לא ציידה את מרפאותיה באמצעי החיטוי הדרושים, לא תידרכה את הרופאים ו/או הטכנאים לגבי דרך החיטוי המתחייבת, ובהתאם מבצעת בבדיקות אולטרה-סאונד וגינאליות באמצעות מתמרים שלא חוטאו כמתחייב.

5.1.6 המבקשת 1 הזדעזעה מכך שבדיקותיה, כמפורט לעיל, בוצעו במתמרים שלא חוטאו כמתחייב ולאחר שימוש חוזר במטופלות קודמות, תוך הפרת הוראות משרד הבריאות, וחשה גועל, כעס, עלבון ותחושת זלזול בה, בגופה ובבריאותה.

5.1.7 לפירוט נוסף מופנה ביהמ"ש הנכבד לתצהירה של המבקשת ולתיעוד הרפואי המצורף אליו (נספח 2).

5.2 המבקשת 2

5.2.1 המבקשת 2 ביצעה מאז **1.8.17**, מועד כניסתן לתוקף של הוראות חוזר משה"ב, לפחות בדיקת אולטרה-סאונד וגינאלי אתת במסגרת מרפאת המשיבה ו/או ע"י שלוחיה, מבלי שידעה ומבלי שהעלתה על דעתה, כי המתמר בו נעשה שימוש לא עובר ניקוי וחיטוי הולמים, באמצעים ובדרך המתחייבים מכוח הוראות משרד הבריאות ובאופן המתחייב לצרכי הגיינה והגנה מפני זיהומים.

5.2.2 ביום **15.4.18** פנתה המבקשת 2 לבדיקת רופאת נשים, במרפאת קופ"ח מכבי ברמת השרון (לפרטי המרפאה - ר' תצהירה של המבקשת), לצורך מעקב תקופתי. במסגרת הביקור ביצעה לה הרופאה בדיקת אולטרה-סאונד וגינאלי.

5.2.3 בעת בדיקת האולטרסאונד שבוצעה לא נאמר ו/או הוסבר למבקשת 2 דבר אודות אופן חיטוי המתמרים, ולא כל שכן אודות הוראות משה"ב בנושא ו/או חוזר משה"ב. המבקשת 2 הניחה שניקוי המכשיר והשימוש בקונדומים - מקיימים את הסטנדרט ההולם לצורך בדיקה זו, הקפדה על בריאותה והגנה מפני זיהומים, לא חשדה שדבר מה אינו כשורה, ולא יכולה היתה להעלות על דעתה כי המתמר ואופן חיטוי אינם עומדים בסטנדרט המחייב ו/או לא מקיימים את הוראות משרד הבריאות בנושא.

5.2.4 לאחרונה נודע למבקשת 2, לתדהמתה, שהמשיבה פועלת ופעלה במועד המצויין לעיל בניגוד להוראות משרד הבריאות בנושא דרכי חיטוי המתמרים בבדיקות אלה, לא ציידה את מרפאותיה באמצעי החיטוי הדרושים, לא תידרכה את הרופאים ו/או הטכנאים לגבי דרך החיטוי המתחייבת, ובהתאם מבצעת בדיקות אולטרה-סאונד וגינאליות באמצעות מתמרים שלא חוטאו.

5.2.5 המבקשת 2 הזדעזעה מכך שהבדיקה, כמפורט לעיל, בוצעה במתמר שלא חוטא כמתחייב ולאחר שימוש חוזר במטופלות קודמות, תוך הפרת הוראות משרד הבריאות, וחשה גועל, כעס, עלבון ותחושת זלזול בה, בגופה ובבריאותה.

5.2.6 לפירוט נוסף מופנה ביהמ"ש הנכבד לתצהירה של המבקשת 2 ולתיעוד הרפואי המצורף אליו (נספח 3).

5.3 המבקשות היו סמוכות ובוטוחות כי הבדיקות שעברו במתמר הלבדני, בדיקות גניקולוגית בסיסיות ולכאורה בלתי מזיקות, הינן בטוחות עבורן, וכי המתמרים עוברים את החיטוי המתחייב. הידיעה כי למעשה טופלו ללא ידיעתן ורשותן במכשור מזוהם ו/או לא נקי דיו, מעוררת בהן תחושת שאט נפש, תסכול, כעס, עוגמת נפש, ותחושה של חילול הגוף ורמיסת זכות הבחירה וההחלטה.

5.4 פעולות המשיבה להצטיידות בתכשירי חיטוי - פעולות באיחור וללא מיצוי

5.4.1 כאמור, חוזר משה"ב איפשר למוסדות הרפואיים חצי שנה לצורך היערכות ליישום נהלי החיטוי, בקובעו כי "יש להערך לשימוש בתכשיר כאמור חתל מיום **1.8.2017**" (סע' 6.1).

5.4.2 בניגוד להוראה זו, טרחה המשיבה לפנות לספקים פוטנציאליים של תכשירי חיטוי רק ביום **8.1.18**, קרי - חמישה חודשים לאחר המועד האחרון ליישום נהלי החיטוי שקבע משרד הבריאות. כפי שניתן לראות באתר האינטרנט של המשיבה, רק במועד זה, פרסמה המשיבה על ידי מחלקת רכש ציוד וחומרים - "בקשה לקבלת מידע (RFI)

בנושא חיטוי כימי ברמה גבוהה של מתמרי אולטרה-סאונד וגינאליים". במסגרת פנייה זו ביקשה המשיבה לקבל הצעות לרכישת חומר חיטוי כימי ה"עומד בדרישות חוזר מס' 3/2017 של משרד הבריאות" (סע' 4 לבקשה), עד יום 15.1.18, קרי - תוך שבוע.

מצ"ב **כנספח 6** לבקשה (מצורף גם כנספח 1.2 לכתב התביעה) - תצלום מסך של אתר המשיבה, ובו פרסום בקשת הפנייה לספקים, לצד ציון מועד הפרסום - 8.1.18, ומועד ההגשה האחרון - 15.1.18.

מצ"ב **כנספח 7** לבקשה (מצורף גם כנספח 1.3 לכתב התביעה) - פניית המשיבה לספקים בבקשה להציע הצעות, אליה מפנה הפרסום באתר ("בקשה לקבלת מידע (RFI) בנושא חיטוי כימי ברמה גבוהה של מתמרי אולטרה-סאונד וגינאליים").

5.4.3 ניתן היה להסיק מן הפנייה לקבל הצעות תוך שבוע, כי המשיבה הפנימה את חשיבות הנושא ודחיפותו, גם אם באיחור (המישה חודשים לאחר תום תקופת ההיערכות), ומכל מקום - בפנייה זו גילתה המשיבה דעתה בדבר הצורך והחובה ליישם את הוראות החוזר. ואולם, כפי שיפורט להלן, גם בשלב זה, ולמיטב ידיעתן של המבקשות עד יום הגשת בקשה זו - המשיבה לא ציידה את מרפאותיה בתכשירי החיטוי ולא החלה ביישום נהלי החיטוי המחייבים.

5.4.4 בכדי לברר האם המשיבה רכשה אמצעי חיטוי וציידה את מרפאותיה באמצעי החיטוי המתחייבים בהתאם לחוזר, נערכה בדיקה עם המשיבה, מול האחראית מטעם מחלקת הרכש של המשיבה, הגב' דנה שרשוב, באמצעות חוקר. ביום 17.6.18 שוחח החוקר עם הגב' שרשוב, והנ"ל הבהירה כי טרם נבחר ספק לחומרי החיטוי וכי ניתן עדיין להגיש הצעות לאספקת חומרי חיטוי. ביום 7.10.18 שוחח החוקר בשנית עם גב' שרשוב, והיא שבה ואישרה בפניו כי (בחלוף ארבעה חודשים נוספים) טרם נבחר ספק, וכי ניתן עדיין להעביר הצעות לחומרי חיטוי, תוך הבהרה כי חומרים אלה צריכים להיות בעלי אישור של אמ"ר.

מצ"ב **כנספח 8** לבקשה - דו"ח החקירה ותמלול השיחות עם הגב' שרשוב (מצורף גם כנספח 1.4 לכתב התביעה).

5.4.5 מכאן - המשיבה מכירה בחובתה ליישם את הוראות החיטוי שקבע משרד הבריאות, אך מפרה את ההוראות, ואף לא טרחה עד כה להתקשר עם ספק לרכישת אמצעי החיטוי המחויבים!

5.5 ביקורים במרפאות המשיבה

5.5.1 למעלה מן הצורך, נערכה בנוסף באמצעות חוקרת בדיקה בשתי מרפאות אולטרה-סאונד שונות של המשיבה, אשר איששה כי המשיבה מפרה את הוראות משרד הבריאות, וחמור מכך - לא מקפידה אפילו על סטנדרטים נמוכים מאלה שנקבעו בחוזר.

5.5.2 ביום 28.5.18 וביום 3.6.18 ביקרה חוקרת במרפאות אולטרה-סאונד של קופ"ח, בחדרה וברעננה בהתאמה. בשני הביקורים הבחינה החוקרת במתמר המונח במתקן ליד מיטת הטיפולים כשהוא חשוף ללא כיסוי, והטכנאיות אף נגעו במתמר הילדני בידיהן החשופות.

5.5.3 במהלך הביקור הראשון, ביום 28.5.18, הטכנאית כלל לא עטתה כפפות טרם חיטוי המתמר, כי אם החזיקה בידיה החשופות את המתמר ואת המגבונים בהם עשתה שימוש (שאינם מהווים כשלעצמם אמצעי חיטוי הולמים ותקינים בהתאם לחוזר). גם

לאחר שסיימה לחטא את המתמר, היא זרקה את המגבונים ולא שטפה את ידיה ו/או לא ניקתה אותן בחומר חיטוי וניקוי בטרם שבה למשרדה. החוקרת עזבה את המרפאה מבלי שבוצעה לה בדיקה עם המתמר הילדני.

5.5.4 במהלך הביקור השני, ביום 3.6.18, לא נצפו במקום חומרי חיטוי ליד המתמר, והטכנאית לא נראתה מנקה את המתמר ו/או עורכת חיטוי. היא אחזה בידיה שפורפרת ג'ל, שמה מעט ג'ל על המתמר וכיסתה אותו בקונדום, תוך אחיזת הקונדום והמתמר בשתי ידיה, כאשר יד אחת חשופה ויד אחת בלבד עוטה כפפה. החוקרת עזבה גם הפעם מבלי שבוצעה לה בדיקה עם המתמר הילדני.

מצ"ב כנספח 9 לבקשה - דוח החקירה (מצורף גם כנספח 1.5 לכתב התביעה).

החלק המשפטי: התקיימותם של התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות

6. התובענה ראויה להתדיין כייצוגית בהתאם לפרט 1 בתוספת לחוק תובענות ייצוגיות:

בהתאם להוראת סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, נכנסת התביעה שלפנינו לקטגוריה הקבועה בפרט מס' 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, בהיותה "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לא", כאשר המבקשות ויתר חברות הקבוצה הינן "לקוחות" והמשיבה הינה בגדר "עוסק".

7. עילת תביעה אישית – סעיף 4(א) לחוק

בהתאם לסעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע מי רשאי להגיש בקשה לאישור תביעה ייצוגית - למבקשות ישנן עילות תביעה אישיות, אשר מעוררות שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות גם ליתר חברות הקבוצה, כמפורט להלן:

7.1 הטעיה, הפרת חובת הגילוי ואיסור השפעה לא הוגנת – לפי חוק הגנת הצרכן התשמ"א – 1981

הטעיה בניגוד לחוק הגנת הצרכן

7.1.1 המבקשות טענה כי המשיבה הפרה הוראות מחייבות לעניין חיטוי המתמר, ללא ידיעתן, ותוך הטעייתן כי היא מבצעת חיטוי בהתאם לסטנדרט המחייב.

7.1.2 סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981, קובע איסור על הטעיה כדלקמן:

"(א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה:

(1) הטיב, המחות, הכמות והסוג של נכס או שירות;...

(4) השימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות ... והסיכונים הכרוכים בהם;...

(10) החסות העידוד או ההרשאה שניתנו ... למתן השירות;...

(11) התאמתו של נכס או השירות לתקן, למיפרט או לדגם;...

(14) חוות דעת מקצועיות או תוצאות של בדיקה שניתנו לגבי טיב הנכס או השירות, מהותם, תוצאות השימוש בהם, והסיכונים הכרוכים בהם;...

.....

(ב) לא ימכור עוסק, לא ייבא ולא יחזיק לצרכי מסחר נכס שיש בו הטעיה ולא ישתמש בנכס כאמור למתן שירות".

7.1.3 בענייננו, משהטעתה המשיבה את המבקשות לחשוב כי היא מבצעת למתמרים הלא-נכס חיסוי כמתחייב, נמנעה ליידע אותן כי היא פועלת בניגוד לנהלי חיסוי מחייבים (ובהתאם ל"הרשאה" ו/או ל"תקן"), ואף נמנעה לפרט את הסיכונים הכרוכים בדבר - הרי שהטעתה אותן לעניין פרטים מהותיים בטיפול, ובין היתר לגבי אלה המפורטים בסעי' 2(א)(1)(4)(10)(11)(14) לחוק הגנת הצרכן - כמצוטט לעיל.

7.1.4 ברע"א 2837/98 ארד נ' בזק פ"ד נד(1) 600, בעמ' 8 חידד ביהמ"ש העליון את המונח "הטעייה" לפי חוק הגנת הצרכן, כדלקמן:

"הטעייה היא הצהרה כוזבת. ההטעייה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעייה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעייה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; השנייה, הטעייה במחדל, קרי: אי-גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם (ראו: ג' שלו דיני חוזים [9], בעמ' 225; ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך ב) [10], בעמ' 787). ודוק: אין דין עילת ההטעייה לפי דיני החוזים כדינו של איסור ההטעייה על-פי חוק הגנת הצרכן. בעוד שבדיני החוזים על-מנת שתתגבש עילת ההטעייה נדרש כי הצד הטוען להטעייה אכן טעה ובשל טעותו זו התקשר בחוזה (ראו סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), הרי שהאיסור מכוח חוק הגנת הצרכן רחב יותר והוא חל על כל "דבר... העלול להטעות צרכן" (ההדגשה שלי - ט' ש' כ') גם אם הלה לא הוטעה בפועל..."

7.1.5 המבקשות טענה, כי במקרה דנן מטעה המשיבה את מטופלותיה הן על דרך של מעשה - בהצגת מצג שווא כי היא שומרת על בריאותן בהתאם לנהלים מחייבים וכי די בעטיית קונדום על המתמר כדי לשמור על ההגיינה המתחייבת ולהגן עליהן מפני זיהומים ומחלות, והן על דרך של מחדל - בהימנעותה לגלות כי היא אינה משתמשת באמצעי חיסוי מחייבים.

7.1.6 בנוסף טענה המבקשות כי קיים קשר סיבתי מובהק בין ההטעייה לבין הפגיעה באוטונומיה שנגרמה להן וליתר חברות הקבוצה. אין דוגמה מוחשית יותר לפגיעה באוטונומיה, ברצון הפרט ובזכות הבחירה, מזו הנגרמת מקום בו מוחדר לאיבר מינה של מטופלת במהלך בדיקה רפואית ציוד מזהם שאינו מחוטא כמתחייב, ללא ידיעתה ורשותה!

7.1.7 לצד זאת, למעלה מן הצורך ולשם הזהירות, תצטטנה המבקשות מדברי כב' השופטת חיות בע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנות תופיק ראבי ז"ל (פורסם בנבו, 4.12.11), עמ' 48:

"ככל שהעוולה הצרכנית עליה נסמכת התובענה הייצוגית היא הטעייה שבמחדל (על דרך של אי גילוי, כבענייננו, להבדיל מהטעייה שבמעשה כבעניין ברזני) יש בכך כדי להצדיק ריכוך והגמשה לעניין הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתנהלות העוולתית ובין הנזק הנטען ... ראש הנזק הנתבע בענייננו נוגע לנזק לא ממוני מסוג פגיעה באוטונומיה. לגבי ראש נזק זה נפסק כי אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין אי גילוי המידע הרלבנטי לבין בחירתו של הניזוק".

הפרת חובת גילוי לפי חוק הגנת הצרכן

- 7.1.8 הוראות סעיף 4(א)(1) ו-2(2) לחוק הגנת הצרכן קובעות חובת גילוי יזומה של עוסק כלפי הצרכן, לגבי "פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת" או "כל תכונה המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש", הן בהתייחס לנכס והן בהתייחס לשירות (סעי' 4 (ב) לחוק).
- 7.1.9 המבקשות תטענה כי המשיבה הפרה את חובת הגילוי כלפיהן, משהסתירה מהן ומיתר מטופלותיה את העובדה כי המתמרים אינם מחוטאים כנדרש, בניגוד להוראות משרד הבריאות, ובאופן אשר עלול לפגוע בהן.

איסור הפעלת השפעה בלתי הוגנת לפי חוק הגנת הצרכן

7.1.10 חוק הגנת הצרכן, אוסר בסעיף 3 על הפעלת השפעה בלתי הוגנת כלפי צרכן, במעשה, במחדל ובכל דרך, העלולים "לפגוע ביכולתו של צרכן לקבל החלטה", ובין היתר אוסר על הפעלת השפעה בלתי הוגנת בדרכים הבאות -

7.1.10.1 **הגבלת יכולתו של צרכן לעזוב מקום** - סעי' 3(א)(1); לעניין זה תטענה המבקשות, כי המשיבה מנעה מהן לבצע את בדיקת האולטרה-סאונד הוגניאלי במסגרת אחרת, משהסתירה מהן את העובדה כי אינה מחטאת את המתמרים כמתחייב. ואף חמור מכך: בהפרתה השיטתית את הוראות החיטוי בכל מרפאותיה באופן גורף, החזיקה בהן ועודה מחזיקה בהן כ"קהל שבו", בהיעדר אפשרות לבצע את הבדיקה הבסיסית במרפאות קופ"ח בה הן חברות ועבור שירותיה הן משלמות!

7.1.10.2 **מניעת האפשרות של צרכן להתייעץ** - סעי' 3(א)(2); לעניין זה תטענה המבקשות כי המשיבה מנעה מהן לבחון את אפשרות ביצוע הבדיקה במסגרת אחרת, ולו פרטית, או להימנע כליל מביצוע הבדיקה או לבצע בדיקה חלופית תחתיה (במקום אולטרה-סאונד וגינאלי), משמנעה מהם את המידע כי אינה מחטאת את המתמרים כמתחייב.

7.1.10.3 **ניצול העובדה שצרכן אינו יודע את השפה בה נקשרת העסקה במידה מספקת לשם הבנתה** - סעי' 3(א)(6); לעניין זה תטענה המבקשות כי המשיבה ניצלה את היותן הדיוטות בתחום הרפואה, את חוסר בקיאותן בנהלי החיטוי המחייבים ואת היעדר מודעותן לסיכון לזיהומים בהיעדר החיטוי המתחייב. זאת, בהתאם לפסיקה הקובעת כי סעיף זה חל גם על "מקרה בו ללקוח אין יכולת בחירה מושכלת, לאור אי התמצאותו בפרטים הטכניים" (בש"א (ת"א) 13928/02 שפירא אוהד ואח' ג' בוק חברה ישראלית בע"מ (תק- מח 2005)4)362, בעמ' 19).

7.2 פגיעה באוטונומיה ו/או תקיפה

7.2.1 עצם החדרת מכשיר מזהם ו/או שלא חוטא כמתחייב לאיבר אנטימי, בבדיקה פולשנית, רגישה מטבעה, ללא ידיעת האשה ומבלי שתינתן לה האפשרות להתנגד לכך - מעורר כשלעצמו, וללא כל תוצאה או נזק נוספים, שאט נפש קשה ומהווה כשלעצמו פגיעה באוטונומיה במובנה הבוטא והמילולי ביותר! אין ולא יכול להיות ספק כי מדובר בפגיעה בגרעין הקשה של האוטונומיה.

7.2.2 הפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה על גופו - מהווה עוולה ברת פיצוי. ההכרה בפגיעה באוטונומיה כמקימת עילת תביעה עצמאית המהווה ראש נזק נפרד, נקבעה עוד

בפסק דינו המכונן של כב' הש' אור בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (פורסם בנבו, 29.8.99), ובלשונו בעמ' 581:

"אם אנו מקבלים ברצינות כי לחולה זכות לבחור אם יקבל טיפול רפואי ואיזה טיפול יינתן לו, עלינו לקבוע כי יש "מחיר" לעצם הפגיעה בכבודו, אשר מתבטאת בביצוע טיפול רפואי בגופו בלי שניתנה לכך הסכמה מדעת על-ידיו".

7.2.3 בע"א 9936/07 מאיה בן דוד נ' ד"ר אייל ענטבי (פורסם בנבו, 22.2.11), נקבע בעמ' 21 כי:

"אין לשכוח כי האוטונומיה של היחיד ניצבת בליבת כבוד האדם. אי מתן למטופל בחירה חופשית של הטיפול בו משול לטשטוש עד כדי מחיקת ההבדל בין הרופא לבין המטופל. חשניים הינם גורמים עצמאיים ונפרדים. המטפל הוא בעל הידע והניסיון ואילו המטופל, כמושא הטיפול, הינו בעל הדעה הסופית. טיפול באחרון בלא שמירה על זכויותיו עלול להפוך אותו, שלא במכוון, לחפץ – לאובייקט, במקום סובייקט".

7.2.4 בע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק נ' ראבי תופיק, נז(4) 673, אשר הותיר על כנה אישורה של תביעה ייצוגית נגד "תנובה", בעילה של הטעיה בשל הוספת סיליקון לחלב מבלי שהרכיב צוין, קבע בימ"ש לעניין הפגיעה באוטונומיה בעמ' 683:

"... הנזק הלא ממוני שחתובע טוען לו מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא, לכאורה, בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה, למשל, לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו..."

אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר פיצוי בדיני הניקין.

... לתובע נגרם, לכאורה, נזק לא ממוני שאיננו עניין של מה בכך, ודי בכך כדי להכשיר את תביעתו כתביעה ייצוגית."

7.2.5 בע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (פורסם בנבו, 4.12.11) קבעה כב' השופטת חיות, במסגרת ערעור על תובענה ייצוגית שאושרה, את הדברים הבאים לעניין פגיעה באוטונומיה, בעמ' 52:

"ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מגולם בשלילת כוח הבחירה מן הנפגע הכרוכה ברוב המקרים באי גילוי של עניין מהותי לאותו נפגע. על כן, ולמצער ככל שחדבר נוגע לתובענות ייצוגיות, מותר אף להניח כנקודת מוצא לצורך הערכת הנזק הלא ממוני שנגרם למי שפגעו כך באוטונומיה שלהם, כי כתוצאה מאותה פגיעה הם חשים רגשות של כעס, תסכול ועלבון (בעוצמה כזו או אחרת על פי הנסיבות הקונקרטיות של המקרה). רגשות אלה שנגרמו כתוצאה מהתנהגות המזיק מצדיקים פיצוי בגין נזק לא ממוני..."

7.2.6 ואם בתחושת גועל בשל סיליקון בחלב הכיר ביהמ"ש העליון כבזק ממשי, קל וחומר שמתקיים נזק ממשי ומשמעותי מעצם החדרת מתמר שלא חוטא כמתחייב, בבדיקה פולשנית לאברי מין של נשים! למבקשות, כמו גם לחברות הקבוצה, אין כל שליטה ו/או ידע רפואי והכשרה בכדי לדעת האם מבוצע למתמר הילדני החיטוי ההולם, ואין להן אלא לסמוך על המשיבה ושלוחיה, ולבטוח בכך שהם נוקטים את כל הפעולות הדרושות כדי להבטיח את חיטוי המתמר המוחדר לגופן ובכדי להגן על בריאותן. בהתאם, הפגיעה בזכות לקבל טיפול גניקולוגי תוך שימוש במיכשור נקי ו/או העומד בהוראות מחייבות של משרד הבריאות - מהווה שלילת אוטונומיה במובנה הבסיסי ביותר.

7.2.7 זאת ועוד, הפרת זכותן לקבל מידע מלא אודות תנאי הטיפול בהן, מנעה מן המבקשות להתנגד לבדיקה ו/או ליתן הסכמה מדעת לבדיקה, ומהווה אף היא פגיעה באוטונומיה כמו גם "תקיפה" כמובנה בסעי' 23 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש).

7.2.8 המבקשות וחברות הקבוצה תטענה, כי מאחר שבוצעו להן בדיקות וגינאלית תוך שימוש במכשירים שלא חוטאו כנדרש, ומאחר שלא נתנו הסכמה מדעת לביצוע בדיקה וגינאלית באמצעות מתמר שלא חוטא כנדרש - אחראית המשיבה באופן מלא ומוחלט, לפצותן על עצם הפגיעה באוטונומיה.

7.3 הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש)

המבקשות תטענה כי התנהלות המשיבה ובדיקתן ע"י מתמרים שלא חוטאו כמתחייב, מהווה הפרת חובה חקוקה, לפי סעי' 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), לרבות מכוח חוק הגנת הצרכן (הסעיפים המצויינים לעיל), וכן בהיותו של חוזר משה"ב "חיקוק" ו/או "תקנה" (לפי פקודת הפרשנות (נוסח חדש)), אשר נועד להגנתן ו/או לטובתן. בשל הפרת חובות אלה, על המשיבה לפצותן בגין נזיקיהן הבלתי ממוניים - תוצאות השימוש במתמרים מזוהמים ו/או שלא חוטאו כמתחייב.

7.4 עוולת הרשלנות על פי סעי' 35 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש)

7.4.1 בנסיבות דגן לא יכול להיות ספק כי המשיבה הפרה את חובת הזהירות כלפי המבקשות, וכי יכולה וצריכה היתה לצפות את הפגיעה באוטונומיה ואת עוגמת הנפש הקשה, מקום בו ביצעה בדיקות חודרניות מבלי לשמור על ההיגיינה המחויבת על פי הוראות משרד הבריאות.

7.4.2 עצם הפרת הוראות משרד הבריאות והתנהלותה של המשיבה בניגוד להוראותיה הברורות - די בהן כדי להוות התרשלנות, כדי להפר את הסטנדרט לפיו היו פועלים הרופא הסביר ו/או הטכנאי הסביר, וכדי לייצר צפיות לנזק.

7.4.3 הדברים תקפים ביתר שאת, מקום בו הגוף אשר קבע את ההוראות הינו היחידה למניעת זיהומים, דהיינו הגוף המומחה, הבקיא והאמון על קביעת הסטנדרט המחייב וכללי ההתנהלות לצורך מניעת זיהומים תוך מתן שירותים רפואיים.

7.4.4 רשלנות המשיבה מתחדדת, מקום בו פנתה המשיבה לספקים בבקשה לרכוש אמצעי חיטוי כמתחייב, מתוך הבנה וידיעה כי מחובתה ליישם את הוראות החיטוי, אך זנחה את הנושא מבלי ליישם את ההוראות עד כה.

7.4.5 בפס"ד ת"צ (מרכז) 33359-06-12 **זבידה יחיא נ' בית החולים בילינסון** (פורסם בנבו, 7.11.13) (להלן: **פס"ד זבידה**), אישר ביהמ"ש הסדר פשרה במסגרת תובענה ייצוגית שהוגשה בגין בדיקות אנדוסקופיה שבוצעו בבית החולים, לאחר שהתברר כי המכשיר שימש קודם לכן לבדיקת נשא איידס ולא עבר חיטוי נאות. בימ"ש קבע תוך כך כי מדובר בהתנהלות **רשלנית** מצד ביה"ח,

ובלשונו בעמ' 8: "המשיבים נמנעו ברשלנות מלחטא מכשיר רפואי פולשני, ובכך השפנו את חברי הקבוצה למתח נפשי מיותר, ולהכרח לבצע בדיקות רפואיות מטרידות. מפני התנהלות מסוג זה יש להרתיע, ולא ניתן לפטור אותה בלא כלום...".

ובדומה, בענייננו: מקום בו נמנעה המשיבה לבצע את החיטוי המתחייב מהוראות משרד-הבריאות, יש לראותה כמי שפעלה, ועודנה פועלת, ברשלנות ואף בידועין.

8. הנזק

8.1 העובדה כי במהלך בדיקה רפואית הוחדר למבקשות, וליתר חברות הקבוצה, מתמר וגינאלי שלא חוטא כמתחייב, מעוררת אצלן תחושות קשות של עוגמת נפש, כעס, שלילת השליטה וזכות הבחירה על גופן, פגיעה בכבודן, תחושת חילול ושאת נפש. מקום בו מבוצעת לאישה בדיקה כה חודרנית, רגישה ואישית, ברור וטבעי כי תעלנה תחושות אלו, כולן או מקצתן, אצל כל מטופלת לה בוצעה בדיקה זו! מכל מקום, לצורך בקשה זו, לאישור התובענה כתובענה ייצוגית, די בכך שהמבקשות תראנה כי לכאורה נגרם להן נזק (סע' 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות) - מה שעולה בבירור מנסיבות העניין, כמפורט בבקשה, בתובענה המצורפת ובתצהירים המצורפים.

8.2 המבקשות תטענה כי הינן זכאיות לפיצוי משמעותי בגין תחושות אלה, בשל עצם ביצוע הבדיקה הפולשנית באמצעות מתמר מזהם, ללא ידיעתן, תוך שלילת זכותן להתנגד לבדיקה ו/או לאופן ביצועה, ללא שניתנה על ידן הסכמה מדעת, ותוך העמדתן בסיכון לבריאותן.

8.3 בפס"ד זבידה, אשר עסק כאמור בביצוע בדיקה פולשנית באמצעות מכשיר ששימש קודם לכן לבדיקת נשא איידס ולא עבר חיטוי נאות, קבע ביהמ"ש לעניין הסדר הפשרה בעמ' 8:

"...הסנקציה שנקבעה בהסדר הפשרה בגין התנהלות המשיבים היא משמעותית, וזאת במיוחד בשים לב לכך שמדובר בהתנהלות רשלנית שלא הולידה תועלת של ממש למשיבים (חסכון ההוצאות מאי ניקוי מכשיר האנדוסקופ נראה זניח). על פי הסדר הפשרה ישלמו המשיבים לחברי הקבוצה פיצוי של כ- 920 אלף ש"ח, ועל כך יש להוסיף את הגמול ושכר הטרחה, וכן את עלויות ההתגוננות המשפטית ועלויות בדיקות הדם. בסופו של יום, מחיר הרשלנות במקרה זה יעלה לפיכך משמעותית על מיליון ש"ח, ויש להניח ולקוות שהוא יוביל להתנהלות ראויה של המשיבים, וספקי שירותים רפואיים אחרים, מעתה ואילך".

באותו עניין, לקח ביהמ"ש בחשבון לקולא, כי "מיד עם גילוי פרטי האירוע פנו המשיבים למשרד הבריאות וכן פעלו לגיבוש מתווה הטיפול באירוע, תוך גידור קבוצת החשיפה וידועה אודות המקרה".

בעניין דנן, לעומת זאת - אין מדובר בתקלה או טעות, ולא באירוע נקודתי, ממוקד וחולף. נהפוך הוא: המשיבה מפרה את חזר משה"ב ומבצעת לנשים בדיקות פולשניות עם מתמרים לדגיים שלא חוטאו כמתחייב, באופן מודע, שיטתי וקבוע, יומיומי, מזה מעל שנה, בכל מרפאותיה ומכונים, ומבלי ליידע את ציבור הנשים. אלה מהוות לצורך העניין "קהל שבוי", נטולות יכולת בחירה והחלטה. מכאן - ראוי וצודק כי בבואו של ביהמ"ש הנכבד לפסוק גמול למבקשות ולחברות הקבוצה, תישקל לחומרא התנהלות המשיבה, אשר נטלה על עצמה את החירות להפר באופן שיטתי הוראות מחייבות של משרד הבריאות, תוך סיכון מטופלותיה ופגישה קשה באוטונומיה שלהן.

8.4 יתרה מכך: להוראות החוזר ישנה גם משמעות כלכלית, שהרי ברי כי טיפול בזיהומים ומחלות כרוכים בהשקעת משאבים כספיים ע"י מערכת הבריאות. לפיכך, מחייבים גם

שיקולי רוחב הקפדה על הוראות חוזר משרד הבריאות, ושיקולי מדיניות מצדיקים **החמרה עם המשיבה.**

8.5 המבקשות תטענה כי בנסיבות דנן יש לקחת בחשבון את הפגיעה החמורה באוטונומיה, עגמת הנפש, הפגיעה בכבודן ובגופן, תחושת הגועל ושאי-הנפש, והחששות שנגרמו להן משודע להן כי עברו בדיקות פולשניות באיבר אנטימי באמצעות מתמרים מזוהמים, והכעס הנובע מזלזול המשיבה בבריאות מטופלותיה.

בנסיבות אלה יתבקש ביהמ"ש הנכבד לפסוק לכל אחת מחברות הקבוצה בנפרד סכום של 15,000 ₪ עבור כל בדיקת אולטרה-סאונד שעברה עם מטמר לדני בתקופה הרלוונטית.

באשר למבקשות: ביהמ"ש הנכבד מתבקש לקחת בחשבון, בבואו לפסוק להן גמול, כי נטלו על עצמן את היוזמה, הטרחה, אי הנוחות והמשאבים הכרוכים בהגשת ההליך הנדון והוכחתו, בנושא ציבורי-רפואי בעל חשיבות עליונה, לטובת ציבור מבוטחות המשיבה בפרט, והציבור בכלל, אשר אחד האיזמים המשמעותיים המאיימים על בריאותו כיום הינו זיהומים במסגרות רפואיות!

בנסיבות אלה, מתבקש ביהמ"ש הנכבד לפסוק לכל אחת מן המבקשות גמול נפרד של 150,000 ש"ח או בהתאם לשיקול דעתו.

9. התביעה מעוררת שאלות מהותיות משותפות של משפט ועובדה – סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות

9.1 המבקשות תטענה, כי במקרה דנן מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק, לפיו "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה".

9.2 בעניין דנן יסודות העילה הנם הומוגניים ואחידים בין כל חברות הקבוצה, והיסוד המשותף בשאלות העובדתיות והמשפטיות המתעוררות ביחס לקבוצה מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות.

9.3 ולהלן הסוגיות המשותפות.

הסוגיות העובדתיות המשותפות לכל חברות הקבוצה

9.3.1 כל חברות הקבוצה הינן מבוטחות של קופ"ח ועברו בדיקות אולטרה-סאונד וגינאליות באמצעות מתמר שלא חוטא כנדרש לאחר יום 1.8.17 - המועד בו נכנסו לתוקפן הוראות חוזר משה"ב.

9.3.2 לכל חברות הקבוצה לא נאמר דבר על כך שהמתמר לא חוטא כנדרש וכמתחייב בהתאם להוראות משרד הבריאות, לא ניתנה להן האפשרות להתנגד לבדיקה ונשללה מהן זכות הבחירה.

הסוגיות המשפטיות המשותפות לכל חברי הקבוצה :

9.3.3 קיימת יריבות בין כל חברות הקבוצה לבין המשיבה.

9.3.4 המשיבה הפרה את הוראות חוזר משה"ב ופעלה בניגוד לדברי החקיקה המפורטים לעיל באופן זזה כלפי כל חברות הקבוצה, ובפרט בניגוד לחוק הגנת הצרכן.

9.3.5 זכותן של כל חברות הקבוצה לסעד כספי מאת המשיבה נגזרת מאותן הוראות חוק ומאותן עילות תביעה, ואף ראשי הנזק בגינם יש לפצות את חברות הקבוצה זהים, ולפיכך שומת הנזק תיערך בדרך זהה או דומה לגבי כ"א מהן.

10. קיימת אפשרות סבירה כי התובענה תוכרע לטובת חברות הקבוצה – סעי' 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות

10.1 סעיף 8(א)(1) סיפא לחוק, קובע כי בקשה לאישור תובענה כייצוגית תתקבל באם ימצא בית המשפט הנכבד כי קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תתקבל.

10.2 המבקשות תטענה, כי היות שהמשיבה הפרה, ולמיטב ידיעתן עודנה מפרה, את הוראות החוזר דברי החקיקה המפורטים לעיל, יש לקבוע כי תנאי זה מתקיים. זאת ועוד: במקרה דנן סיכויי ההצלחה גבוהים ביותר - כפי שמשתקף מעובדות המקרה, כמתואר בבקשה וכפי שעולה מנספחיה.

11. תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת - סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות

11.1 סעיף 8(א)(2) לחוק קובע, כתנאי להגשת תובענה ייצוגית, כי זו הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. המבקשות תטענה כי היות שעילות התביעה של חברות הקבוצה נשענות על אותה מסכת עובדתית, ברור כי תנאי זה מתקיים בענייננו.

11.2 עוד תטענה המבקשות, כי תובענה זו הינה בעלת חשיבות ציבורית ונוגעת לפלח אוכלוסייה משמעותי - ציבור רחב של נשים המבוטחות ע"י קופ"ח מהמובילות והגדולות במדינה! בנסיבות אלה, ברי כי הגשת התובענה כתובענה ייצוגית, הינה הדרך היעילה לביזור התובענה, בכדי לדון ולהכריע בסוגיה פעם אחת חלף אינספור תביעות פרטניות בסוגייה זו. זאת ועוד: הפיצוי עבור תובענה פרטנית עלול להיות כזה אשר אינו מצדיק את המשאבים, כספיים ואחרים, הכרוכים בהגשת תביעה וניהולה, וגם מן הטעם הזה מחייבים שיקולי יעילות והגינות לדון בסוגיה במסגרת תובענה ייצוגית.

12. קיימת אפשרות סבירה כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב – סעיף 8(א)(3)-(4) לחוק תובענות ייצוגיות.

12.1 המבקשות תטענה, כי כנדרש בס"ק 8(א)(3) ו-8(א)(4) - לכל חברות הקבוצה שייצוגה מתבקש, ישנו אינטרס משותף ועילת תביעה רצינית ומגובשת. כמו כן, השתלשלות העניינים העובדתית בעניינן דומה להשתלשלות העניינים בעניין יתר חברות הקבוצה, והעילות המשפטיות המתקיימות לגביהן מתקיימות גם עבור יתר חברות הקבוצה. המבקשות בקיאות בפרטים הרלוונטיים, מאמינות בתביעה ובסיכויה, מעוניינות ומסוגלות לייצג היטב את עניינן של כל חברות הקבוצה.

12.2 ברע"א 4556/94 רמי טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', פ"ד מט (5) 774, נקבע כי אין להפוך את עניין כשירות התובע הייצוגי לעיקר הדיון; ובלשון פסק-הדין בעמ' 791: "יש למנוע מחברה נתבעת ומנושאי משרה בה, שאין להם הגנה טובה לגוף התובענה, למקד את מרב המאבק בשלב המוקדם באשר לזהות התובע הייצוגי (ראה: grebwen בספרו הנ"ל, כרך א, בעמ' 537). בהקשר זה יש ליתן משקל לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, המייצג את אינטרס הציבור, והסובר כי: 'יש אינטרס ציבורי מובהק בחפעלת מכשיר התובענה הייצוגית ועידוד השימוש בו.'"

12.3 וברוח זו נפסק בת"א (נצרת) 785/98 זילברשלג עיטל נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ (תק - מח 2002(2)1818), עמ' 412: "חוסר תום הלב צריך שיתבטא ביסודות שהם על גבול אי החוקיות ונראה שלא די בהתנהגות רשלנית גרידא של התובע בכדי לשלול את תום ליבו".

12.4 המבקשות תטענה, כי במקרה זה מתקיימת במלואה דרישת תום הלב. התובענה הינה סבירה והגונה, גם כשהיא נבחנת כתובענה אישית רגילה; וכתובענה ייצוגית - מצויים בבסיסה מניעים כשרים, היא אינה מכוונת להשיג מטרות זרות, והמבקשות אינן מצויות בניגוד עניינים עם שאר חברות הקבוצה, כי אם מתכוונות באמת ובתמים להפיק תועלת גם למטופלות האחרות.

12.5 באשר לפרקליטי המבקשות: משרד הח"מ הוא משרד מוכר, אשר עיסוקו למעלה מ- 30 שנות קיומו בייצוג מטופלים בתחום המשפט הרפואי ובתביעות רשלנות רפואית בפרט, ובמסגרת זאת גם ייצגו קבוצות תובעים גדולות בתחום המשפט האמור, הן על דרך של תובענה ייצוגית והן על דרך של תובענה מאוחדת. הח"מ בקיאים ומיומנים בתחום האמור, ומסוגלים לנהל את התביעה במומחיות ובאופן מקצועי, עבור המבקשות ועבור הקבוצה כולה.

13. שכר טרחה מוצע / גמול מוצע

13.1 ביהמ"ש הנכבד מתבקש לקבוע את שכר טרחתם של משרד הח"מ, ב"כ התובעות הייצוגיות, בגין טרחתם בהגשתה והוכחתה של התובענה, בשיעור של אחוז מסוים משווי התובענה, כפי שימצא לנכון, ובהתחשב, בין היתר, בהיקף העבודה המשפטית הכרוכה בהכנות להגשת התביעה, בהגשתה, בנייהולה ובהוכחתה - ובהתחשב בשווי הכספי שיצמח לחברות הקבוצה מתן הסעדים הנתבעים בתובענה.

13.2 כמו כן, מתבקש ביהמ"ש הנכבד לקבוע את שיעור הגמול המיוחד לכל אחת מהתובעות הייצוגיות, כפי שימצא לנכון, בעבור טרחתן והוצאותיהן בקשר עם הגשת התובענה הייצוגית והוכחתה.

14. אחריות שילוחית

מבלי לפגוע בטענותיהן לעניין אחריותה הישירה של המשיבה, תטענה המבקשות כי על המשיבה לפצותן על נזקיהן בגין אחריותה השילוחית למעשיהם ומחדליהם של מי מבין עובדיה ו/או מועסקיה ו/או שלוחיה ו/או מי מטעמה, לרבות רופאים ו/או טכנאים הנותנים שירות למבוטחותיה בהסדר עם המשיבה ו/או בידיעתה כ"קבלנים" במרפאות עצמאיות.

15. הסעדים המבוקשים

לאור האמור בבקשה זו על נספחיה, מתבקש ביהמ"ש הנכבד ליתן את הסעדים הבאים:

15.1 להורות על אישור התובענה כתובענה ייצוגית בשם כלל חברות הקבוצה המוגדרת.

15.2 להגדיר את הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה כמפורט לעיל.

15.3 לאשר את עילות התובענה המנויות בבקשה כמפורט לעיל.

15.4 להגדיר את השאלות המהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה.

15.5 ליתן הוראות בעניין הדיון בתובענה גופה.

15.6 לקבוע כי המשיבה הטעתה ביודעין ו/או ברשלנות את חברות הקבוצה ביחס לאופן החיטוי הנדרש של המתמרים הלבניים, הפרה חובות חקוקות כלפיהן, הפרה חובות צרכניות, והקימה בהתנהלותה את עילות התביעה המפורטות לעיל.

15.7 לחייב את המשיבה לפעול בהתאם להוראות חוזר משה"ב וליישם את נוהלי חיטוי המתמר הלבני, וזאת כמתחייב ממטרתו של חוק תובענות ייצוגיות - "אכיפת הדין" (סע' 1(2) לחוק), ועל פי סמכותו הרחבה בסע' 20 לחוק, ובפרט נוכח הסוגייה הרפואית בעלת המשמעות הציבורית ורחבת-ההיקף הנדונה בבקשה זו.

15.8 לחייב את המשיבה בפיצוי חברות הקבוצה בגין נזק לא ממוני בסכום שייפסק על ידי ביהמ"ש הנכבד.

15.9 ליתן למבקשות ולחברות הקבוצה כל סעד נכון וצודק בנסיבות העניין לפי שיקול דעתו של ביהמ"ש הנכבד.

15.10 לאשר תשלום גמול מיוחד לתובעות הייצוגיות ותשלום הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.


15.11 לקבוע את שכר טרחת ב"כ המבקשות בגין הכנתן, הגשתן והוכחתן של הבקשה והתובענה הייצוגית.

15.12 ליתן הוראות בדבר אופן פרסום ההחלטה בבקשה זו, וכן לקבוע מי ישא בהוצאות הפרסום וכל הוראה אחרת כפי שביהמ"ש הנכבד ימצא לנכון.


לסיים

16. לבימ"ש נכבד זה הסמכות העניינית והמקומית לדון בתובענה זו, לפי מהותה וסכומה ולפי מקום ניהול עסקי המשיבה.

17. מן הדין ומן הצדק להיעתר למבוקש.



דורי כספי, עו"ד
ב"כ המבקשות



ליה רוכמן זיל, עו"ד
ב"כ המבקשות



שירה פריד, עו"ד
ב"כ המבקשות