



בבית המשפט העליון

דנ"מ 5519/15

לפני :
כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקש : יוסף אחמד יונס

נגד

המשיבים :
1. מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ
2. היועץ המשפטי לממשלה

המבקש להצטרף : פורום המנכ"לים של תאגידי המים והביוב

דיון נוסף על פסק דינו של בית משפט זה בעע"מ
2978/13 מיום 23.7.2015 אשר ניתן על ידי כבוד
המשנה לנשיאה א' רובינשטיין וכבוד השופטים ח'
מלצר ונ' הנדל

תאריך הישיבה : י"ח בשבט התשע"ט (24.1.2019)

בשם המבקש : עו"ד גרגורי פאוסט קורצימני ; עו"ד סבאר נאסר ;
עו"ד אביטל קליין

בשם המשיבה 1 : עו"ד אלי אליאס ; עו"ד טל קמר
בשם המשיב 2 : עו"ד יואב שחם

בשם המבקש להצטרף : עו"ד נחמיה אבנרי

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

מבוא

1. דיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה (המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטים ח' מלצר ונ' הנדל) מיום 23.7.2015 בעע"מ 2978/13 (להלן: פסק הדין), בו נקבע כי בטרם תוגש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, מוטלת על המבקש ובא כוחו "חובה כללית לערוך פנייה מקדימה לרשות המינהלית [...] וכי "היעדרה של פניה זו עשוי, בהתאם לנסיבות, לבוא לידי ביטוי הן בהחלטתו של בית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה וביחס לשיעורם של סכומים אלה, והן בהחלטתו בבקשה לאישור התובענה הייצוגית". שופטי ההרכב נחלקו ביניהם באשר לאופן יישומה של חובת הפנייה המוקדמת לרשות ובעיקר באשר לשאלת זכאותו של המבקש ובא כוחו לגמול ולשכר טרחה במקרה שבו בעקבות פנייתם המוקדמת ובטרם ננקט ההליך הייצוגי, הודיעה הרשות על חדילה מן הגבייה נושא הפנייה. עוד נפסק כי הליך ייצוגי נגד תאגיד סטטוטורי שהוקם על פי חוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001 (להלן: חוק תאגידי המים) הנוגע לגבייה ביתר שאינה חוקית, בא בגדר פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק) וכי פעילותו של תאגיד המים בהקשר זה מבוצעת בכובעו כ"רשות" ולא בכובעו כ"עוסק".

2. על פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף וביום 30.8.2017 נעתרה הנשיאה מ' נאור לבקשה והורתה לקיימו בפני הרכב של שבעה שופטים אשר ידון "בשאלת חובת הפנייה המקדימה שנקבעה בעניין תובענות ייצוגיות לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006". באותה החלטה, המורה על קיום הדיון הנוסף כאמור, ראתה הנשיאה מ' נאור להוסיף ולקבוע כי "נוכח הטענות שהועלו בנושא, ייתכן וההרכב שייקבע יחליט ששאלת הלכה זו אינה מתעוררת במקרה זה, ככל שיימצא שאין לסווג את התובענה כתובענה מנהלית לפי פרט 11 לתוספת השנייה".

אקדים מאוחר למוקדם ואציין כבר בפתח הדברים כי לגישתי אכן אין לסווג את ההליך הייצוגי שהגיש העותר כהליך הבא בגדר פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות ועל כן, ככל שגישה זו מקובלת על חבריי, ניתן – כפי שציננה הנשיאה מ' נאור בהחלטתה – לייתר את הדיון בסוגיית הפנייה המוקדמת. עם זאת, סברתי כי משהגענו עד הלום ומאחר שפסק הדין נושא הדיון הנוסף ניתן בסוגיה זו, פה אחד, על ידי שלושה שופטים (אחד מהם – המשנה לנשיאה השופט א' רובינשטיין –

פרש בינתיים לגמלאות), יש מקום להידרש גם לסוגיית הפנייה המוקדמת על מנת להעמיד בה הלכה על מכונה (ראו והשוו: דנ"א 2121/12 פלוני נ' דין אורבך, פסקה 92 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (18.9.2014)).

רקע הדברים

3. המשיבה 1, המאוגדת כחברה בע"מ, היא תאגיד מים וביוב שהוקם ופועל כאמור מכוח חוק תאגידי המים, והיא אמונה על אספקת שירותי מים וביוב לרשויות מקומיות בצפון הארץ (להלן: מי הגליל או המשיבה). העותר הינו תושב אחת מאותן רשויות מקומיות והגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד מי הגליל בטענה כי גבתה ריבית ביתר בגין תשלומים המשולמים לה לפי הסדר התשלומים הקבוע בסעיף 32(ב) לכללי תאגידי מים וביוב (אמות מידה לשירות), התשע"א-2011. סכום התביעה האישית שהגיש העותר עמד על סך של 3.42 ש"ח והסכום הכולל שאותו אמד לצורך ההליך הייצוגי היה כמיליון ש"ח (להלן: הבקשה לאישור). העותר ביסס את הבקשה לאישור על פרט 1 לתוספת השנייה הקובע "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו" וכן על פרט 11 לאותה תוספת הקובע "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר [...]".

4. לאחר הגשת הבקשה לאישור מסרה מי הגליל לבית המשפט קמא הודעת חדילה בהתאם לסעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, בה ציינה כי הגורם לגביית היתר הוא חברה חיצונית המספקת לה שירותי גבייה. בעקבות הודעת החדילה התקיים דיון בסוגיית הגמול ושכר הטרחה שדרשו העותר ובא כוחו בגין ההליך שנקטו ולנוכח תוצאותיו. מי הגליל טענה כי אין לפסוק לעותר ולבא כוחו גמול ושכר טרחה מאחר שהם לא פנו אליה בפנייה מוקדמת טרם הגשת הבקשה לאישור. עוד טענה מי הגליל כי אין יסוד לבקשת האישור נגדה ככל שהיא נסמכת על פרט 1 לתוספת השנייה שכן, לטענתה, היא פועלת בגביית התשלומים נושא הבקשה כ"רשות" ולא כ"עוסק".

5. בית המשפט קמא קיבל את הודעת החדילה, דחה את הבקשה לאישור ופסק לעותר ולבא כוחו גמול ושכר טרחה בסך של 10,000 ש"ח ו-80,000 ש"ח, בהתאמה, בקבעו כי היעדר פנייה מוקדמת למי הגליל אינו שולל כשלעצמו זכאות לגמול ולשכר טרחה וכי יש לבחון כל מקרה לגופו (ת"מ (מחוזי חי') 54114-07-12 נסאר נ' מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ (19.2.2013)). בערעור שהגישה על פסק דינו של בית המשפט קמא, שבה מי הגליל וטענה כי יש להטיל חובה לערוך פנייה מוקדמת לרשות מנהלית טרם הגשת הליך ייצוגי נגדה על פי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק, וכי

משלא פנו העותר ובא כוחו אליה קודם להגשת ההליך הייצוגי יש לזקוף את הדבר לחובתם. עוד טענה מי הגליל כי מכל מקום היעדר פנייה מוקדמת צריך לקבל ביטוי בסכומי הגמול ושכר הטרחה שיפסקו לעותר ולבא כוחו.

פסק הדין מושא הדיון הנוסף

6. השאלה המרכזית הרלוונטית לענייננו שעמדה לדיון בערעור היתה – האם מוטלת חובה על המבקש ובא כוחו להקדים ולפנות אל הרשות המנהלית אשר כנגדה הם מתכוונים לנקוט בהליך ייצוגי. וככל שהתשובה לכך היא חיובית – מה הן ההשלכות הנובעות מהטלת חובה כללית כזו. בית המשפט נדרש להשלכות אלה תוך התייחסות לשני מצבים: האחד – שבו בעקבות הפנייה המוקדמת לא נמצא פתרון מוסכם ונדרשה הגשתו של הליך ייצוגי, והשני – שבו הפנייה המוקדמת הניבה פתרון מוסכם המייתר את הצורך בהגשת הליך ייצוגי.

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין עמד בפסק דינו בהרחבה על טיבו של הליך התובענה הייצוגית והצביע על הנימוקים המצדיקים, לגישתו, פנייה מוקדמת לרשות מנהלית בטרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה. בין היתר ציין המשנה לנשיאה כי פנייה מוקדמת היא מוצדקת נוכח מאפייניה של התובענה הייצוגית נגד רשות, אשר מכוונת בעיקר לאכיפת הדין ולמניעת המשך הגבייה הבלתי חוקית. עוד צוין כי בהיות התובענה הייצוגית נגד רשות תובענה מנהלית המאופיינת בדואליות נורמטיבית, ניתן ליישם לגביה אמות מידה מנהליות ולהצדיק הטלת חובה לעריכת פנייה מוקדמת בהתבסס על הדרישה למיצוי הליכים על פי כללי המשפט המנהלי. המשנה לנשיאה הוסיף כי בנסיבות מסוימות ניתן לראות בהיעדר פנייה מוקדמת אי קיום חובת ההגינות המוטלת על הפרט כלפי הרשות המנהלית, וכי הדרישה לפנייה מוקדמת נובעת גם מחובת תום הלב המוטלת בחוק על מבקש האישור ובא כוחו והיא חלה במישור היחסים שבין ובין הנתבע. עוד ציין המשנה לנשיאה כי לפנייה מוקדמת יתרונות רבים וכי היא תעודד הגשת בקשות לאישור רק לאחר שבוצעה בדיקה הולמת של התשתית העובדתית והמשפטית, תמנע הגשת תביעות סרק, תחסוך במשאבים ובזמן שיפוטי וכן תחסוך בעלויות לפונה ולרשות כאחד. המשנה לנשיאה הוסיף וציין כי הפנייה המוקדמת אף עשויה לקדם פתרון וחדילה מהירים ולכן יש לה תועלת, לצד זכות החדילה המוקנית לרשות בסעיף 9(ב) לחוק.

7. הדואליות הנורמטיבית שעליה עמד והיתרונות שמנה המשנה לנשיאה בפנייה מוקדמת לרשות מנהלית, הוליכו אותו אל המסקנה שככלל יש להקדים פנייה לרשות טרם הגשת תובענה ייצוגית נגדה. עם זאת סבר המשנה לנשיאה כי הימנעות מפנייה

כאמור אינה צריכה להוביל למחיקה על הסף של הבקשה לאישור אלא במקרים חריגים, והביטוי שיש ליתן להימנעות כזו הוא בעיקר בהפחתת סכומי הגמול ושכר הטרחה שיפסקו. המשנה לנשיאה הדגיש עם זאת כי במקרים שבהם יתברר כי אין בפנייה המוקדמת כדי ליתר את ההליך הייצוגי – לא ייזקף הדבר לחובת התובע הייצוגי ובא כוחו. עוד הדגיש המשנה לנשיאה כי המסקנה שאליה הגיע בדבר חובת הפנייה המוקדמת מתייחסת לתובענות המוגשות נגד רשות על פי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק ואינה חלה במקרים שבהם הנתבע הוא גוף פרטי (פסקה כ"ח לפסק דינו).

במהלך הדיון בערעור התבקש היועץ המשפטי לממשלה להציג את עמדתו בדבר נחיצותה של פנייה מוקדמת לרשות המנהלית בטרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית. היועץ סבר כי מקום שבו בעקבות פנייה מוקדמת לרשות היא חדלה מן הגבייה הבלתי חוקית באופן המייתר את הגשת ההליך הייצוגי, אין לפסוק למבקש ולבא כוחו גמול ושכר טרחה. המשנה לנשיאה דחה את עמדתו של היועץ בהקשר זה וקבע כי כאשר הפנייה המוקדמת מניבה פתרון המייתר את ההליך הייצוגי טרם הגשתו, יש לאפשר למבקש הפוטנציאלי ולבא כוחו לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים על מנת שיבחן האם בנסיבות העניין ראוי לפסוק להם גמול ושכר טרחה בעבור ההשקעה שהשקיעו. לשיטתו, אף שנדרש לשם כך ניהול הליך בבית המשפט, מדובר בדיון המצטמצם לסוגיית הגמול ושכר הטרחה ובמתווה אשר יש בו משום חיסכון רב של זמן שיפוטי ושל עלויות לכל הצדדים.

8. המשנה לנשיאה קבע עוד כי יש לקבל את טענתה של מי הגליל ולפיה לא ניתן להגיש את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק. זאת הואיל וגביית היתר נושא הבקשה לאישור מתייחסת לפעילותה כ"רשות" ואין מדובר בכובעה כ"עוסק" על פי ההגדרה של מונח זה בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן), שאליו מפנה פרט 1. המשנה לנשיאה הדגיש כי מאפייניה הדומיננטיים של פעולת מי הגליל בכל הנוגע לגבייה נושא ההליך הם שלטוניים-ציבוריים ולא עסקיים-פרטיים. הוטעם כי מי הגליל היא תאגיד סטטוטורי ולא גוף פרטי אף לא גוף דו מהותי וכי היא נושאת בתפקיד ציבורי שאותו היא ממלאת מתוקף חוק תאגידי המים, אשר בו מפורטים חובותיה וסמכויותיה ועל פיו אף נקבעים תעריפי המים והריבית שאותם היא גובה.

לבסוף קבע המשנה לנשיאה כי יש להפחית את סכומי הגמול ושכר הטרחה שקבע בית המשפט קמא, כך שהגמול יועמד על 5,000 ש"ח (במקום 10,000 ש"ח) ושכר הטרחה על 40,000 ש"ח (במקום 80,000 ש"ח). זאת בהינתן האיזון הראוי בין

השיקולים השונים הצריכים לעניין ובהם מידת ההשקעה הדרושה, התועלת הציבורית שהושגה והיעדר פנייה מוקדמת אשר על פי קביעת בית המשפט, לו נערכה היתה מי הגליל מתקנת את שיעור הריבית בלא צורך בהליך משפטי.

9. חברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר, הצטרף לפסק דינו של המשנה לנשיאה והוסיף כי לשיטתו יש להחיל על פנייה מוקדמת את הוראות החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 (להלן: חוק ההנמקות), לרבות מועדי התשובה הנדרשים שנקצבו בו והנפקויות הקבועות בסעיף 6 לחוק ההנמקות בדבר תוצאות אי מילוי הוראות החוק. כן קבע השופט ח' מלצר כי פנייה מוקדמת אשר לא תיענה בחיוב תוך פרק הזמן הקצוב תוכל להיות מובאת בחשבון לעניין סעיף 7 לחוק כ"ראשונה בפועל בתור, אל מול תובענה ייצוגית דומה, קודמת, שהוגשה לבית המשפט, מבלי שנעשתה עובר לה פניה מוקדמת לרשות".

עוד הוסיף השופט ח' מלצר כי היה ובעקבות הפנייה המוקדמת הרשות תתיימר לפתור רק את בעייתו האישית של הפונה או תודיע על חדילה מהגבייה הלא חוקית, יידרש מסמך בכתב שיעגן את ההסדר (להלן: הסדר חדילה טרם תביעה) וכי במסגרת משא ומתן להסדר זה יהיו הפונה ובא כוחו רשאים לבקש החזר הוצאות ושכר מסוים. השופט ח' מלצר סבר כי היה ויתגלעו בנושאים אלו חילוקי דעות יוכל הפונה להגיש תובענה לפי סעיף 5(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, שהסעד המבוקש בה יהיה פיצוי כדי הסכומים המגיעים לו ולבא כוחו בעילה של ניהול משא ומתן שלא בתום לב עמם בהקשר לחדילה טרם תביעה. בנוגע לפומביות הסדר החדילה טרם תביעה קבע השופט ח' מלצר כי על הרשות תוטל החובה לפרסמו ברבים, על חשבונה, באופן שיענה על דרישת השקיפות ויאפשר בקרה משפטית וציבורית.

10. חברי השופט נ' הנדל הצטרף לעמדתם של המשנה לנשיאה ושל השופט ח' מלצר בכל הנוגע לחובת הפנייה המוקדמת טרם נקיטת הליך ייצוגי נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השנייה. אולם, השופט נ' הנדל חלק על עמדתם בנוגע לאפשרות לפסוק גמול, שכר טרחה או הוצאות במצב שבו בעקבות הפנייה המוקדמת חדלה הרשות מן הגבייה מושא הפנייה והנקיטה בהליך הייצוגי התייתרה. לגישתו, אין למצוא בחוק עוגן לביצוע איזה מן התשלומים הללו. הוטעם כי סעיף 9(ג) לחוק תובענות ייצוגיות – המאפשר לבית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה במקרה של חדילת הרשות מן הפעולה המהווה עילה לבקשת האישור – חל רק במצב שבו הודעת החדילה ניתנה לאחר שהוגשה בקשה לאישור תביעה ייצוגית, ואף סעיף 5(ב) לחוק אינו מהווה, לשיטת השופט נ' הנדל, מקור אפשרי לתשלום הוצאות ושכר טרחה כשיטת השופט ח' מלצר.

עמדתו של חברי השופט נ' הנדל היא, אפוא, כי יש לחייב את הפונה ובא כוחו לפנות לרשות מנהלית טרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה לפי פרט 11 לתוספת השנייה. ואולם, על פי הדין הקיים אין אפשרות, לשיטתו, לפסוק להם גמול, שכר טרחה או הוצאות במקרה שבו פנייתם המוקדמת הובילה לחדילה וייתרה את הצורך בהליך משפטי. השופט נ' הנדל קרא למחוקק לשקול קביעת מנגנון שיאפשר פנייה לבית המשפט לעניינים מינהליים בנושא זה והמשנה לנשיאה והשופט ח' מלצר, הצטרפו לקריאתו זו אך הדגישו כי גם בהיעדר חקיקה מפורשת ניתן, לשיטתם, לנקוט בהקשר זה בדרכים שפירט כל אחד מהם בחוות דעתו.

הדיון הנוסף

11. העותר הגיש בקשה לדיון נוסף בפסק הדין. משהורתה הנשיאה מ' נאור על קיום דיון נוסף כמפורט בפתח הדברים, הגישו הצדדים השלמות טיעון בשתי הסוגיות המרכזיות העומדות לדיון על פי אותה החלטה. האחת – נוגעת למעמדה של מי הגליל ולשאלה האם היה מקום להגיש את הבקשה לאישור נגדה כ"עוסק" לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק, או שמא רק לפי פרט 11 לתוספת השנייה כ"רשות". השנייה – נוגעת לחובת הפנייה המוקדמת אל הרשות בטרם תוגש נגדה בקשה לאישור תובענה ייצוגית לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק.

להלן יפורטו בתמצית טיעוני הצדדים ביחס לשתי הסוגיות.

12. העותר מצביע בטיעונו על שורה של אינדיקציות המלמדות, לשיטתו, על כך שתאגיד מים וביוב פועל כ"עוסק", בכל הנוגע לפעולות הגבייה שעליהן הוא מופקד. הוא מפנה בהקשר זה, בין היתר, לחובת תשלום המע"מ שמטיל תאגיד המים והביוב על הצרכנים; להיותו תאגיד הפועל למטרות רווח המחולק לבעלי מניותיו; לאפשרות הקבועה בחוק שתאגיד מים וביוב יהיה בבעלות של גופים פרטיים ועוד. על כן, כך נטען, אין מקום לפטור תאגידי מים וביוב מהשבה של כספים שנגבו על ידם שלא כדין ואין להחיל עליהם איזה מן ההסדרים המיוחדים החלים על "רשויות" לפי חוק תובענות ייצוגיות.

13. העותר מוסיף וטוען כי מכל מקום, גם אם ישוב בית המשפט ויקבע שמי הגליל פועלת בכל הנוגע להליכי הגבייה כ"רשות" ולא כ"עוסק", אין מקום להטיל עליו או על בא כוחו חובה להקדים ולפנות אליה טרם הגשת הבקשה לאישור נגדה. לטענתו,

החסרונות שבהטלת חובה כללית לפנייה מוקדמת כפי שנקבעה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, גוברים על התועלת שבה. כך למשל, פנייה מוקדמת מעניקה לרשות אפשרות להאריך את הגבייה הבלתי חוקית ב-45 ימים המתווספים אל 90 הימים שנקבעו בחוק לצורך מתן הודעת חדילה. עוד טוען העותר כי האפשרות הניתנת לפונה ולרשות לנהל ביניהם משא ומתן ללא פיקוח בית המשפט, מנוגדת לרציונאלים העומדים בבסיס החוק והיא עשויה לפגוע בחברי הקבוצה. לטענת העותר, המחוקק נמנע במודע מלקבוע דרישה לפנייה מוקדמת וחלף כך קבע את מנגנון החדילה שבסעיף 9 לחוק.

העותר מוסיף ומצביע על קשיים ביישום הפנייה המוקדמת על פי המתווה שנקבע בפסק הדין. לטענתו, פנייה מוקדמת אינה יעילה שכן על פי כל אחד מן המתווים ששרטטו המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט ח' מלצר, יהיה ממילא צורך לפנות לבית המשפט לשם קביעת גמול, שכר טרחה או הוצאות וזאת אף אם הרשות תחדל מן הגבייה הבלתי חוקית בעקבות הפנייה המוקדמת. לגישת העותר, המאמץ בהקשר זה את עמדתו של השופט נ' הנדל, אין כלל אפשרות על פי הדין הקיים לנקוט הליך מסוג זה. ועוד הוא טוען כי פסק הדין חותר תחת עקרונות בסיסיים בדיני התובענות הייצוגיות, וביניהם הוודאות שמעניק פנקס התובענות הייצוגיות, והוא יוביל לאפקט מצנן בהשקעת משאבים לבירור עילות תביעה, לפגיעה בעקרון הפומביות ולפגיעה בציבור ה"מיוצג", אשר לא יהיה מודע בזמן אמת לטענות המועלות. משקל רב מייחס העותר לכך שככל שלא ישולם גמול ושכר טרחה לפונה ובא כוחו בעקבות פנייה מוקדמת שהובילה לחדילה של הרשות מן הגבייה הבלתי חוקית, יהיה בכך כדי להשפיע על התמריצים של עורכי הדין לחקור טענות של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים בנוגע להתנהלות הרשויות. המדיניות המשפטית הנכונה לשיטתו היא שלא לחייב תובעים פוטנציאליים בפנייה מוקדמת כל עוד אין בחוק מנגנון המאפשר פסיקת גמול ושכר טרחה בשל חדילה עקב פנייה מוקדמת.

עמדת מי הגליל

14. לעניין אופן סיווגה של התובענה, טוענת מי הגליל כי פעילותה בגביית תשלומי מים וביוב היא פעילות שלטונית-ציבורית. לגישתה אספקת מים על ידי תאגיד מים וביוב אינה עניין שבשיקול דעת והיא מתבצעת באופן זהה ואחיד. לכן יש לסווג תאגיד מים וביוב בהקשר זה כ"רשות" ולא כ"עוסק" והגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדו באה בגדר פרט 11 לתוספת השנייה, כפי שקבע בית המשפט בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. מי הגליל מוסיפה וסומכת ידיה על פסק הדין מושא הדיון הנוסף גם בסוגיית הפנייה המוקדמת. לטענתה יש להטיל חובת פנייה מוקדמת אל הרשות גם בהליכים ייצוגיים המוגשים נגדה לפי פרטים אחרים לתוספת. ככל שהדבר נוגע

לפסיקת גמול ושכר וטרחה סבורה מי הגליל כי יש לאמץ את עמדתו של השופט נ' הנדל וכי במצב החוקי הנוכחי אין אפשרות להעניק לפונה בפנייה מוקדמת ולבא כוחו גמול ושכר טרחה במקרה שבו הרשות חדלה מן הגבייה הבלתי חוקית עקב הפנייה המוקדמת. מי הגליל מוסיפה וטוענת כי ככל שתיוותר על כנה הקביעה בדבר הזכות לגמול ושכר טרחה גם במצב של חדילה טרם תביעה – יש לדון בכך במסגרת עתירה מנהלית על החלטת הרשות שלא לשלם גמול ושכר טרחה. לטענתה, נעשות גם כיום פניות מוקדמות אל תאגידי המים והביוב אשר בעקבותיהן הם מתקנים את הטעון תיקון והפונה הייצוגי ובא כוחו אף מתוגמלים על כך במסגרת הסדרי חדילה טרם תביעה הנקשרים עמם.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

15. היועץ המשפטי סבור כי, ככלל, תאגידי מים וביוב ממלאים תפקיד ציבורי על פי דין ולכן יש להגדירם כ"רשות". אולם, לגישתו, מעצם היותה של מי הגליל תאגיד יש בפעולותיה פן עסקי ובהקשר זה של גביית מחירי המים הוא סבור כי התאגידים פועלים כ"עוסק" ובין הצדדים מתקיימים, לכאורה, יחסי עוסק-לקוח. לפיכך, תביעה העוסקת בגביית תעריפי מים בניגוד לתעריפים שנקבעו על ידי הרשות הממשלתית למים ולביוב, ניתן להגיש, לעמדת היועץ, רק מכוח פרט 1 לתוספת השנייה לחוק, כתביעה נגד עוסק.

בכל הנוגע לחובת הפנייה המוקדמת מאמץ היועץ את קביעותיו של פסק הדין מושא הדיון הנוסף. לשיטתו, יתרוונותיה של הפנייה המוקדמת עולים לאין ערוך על חסרונותיה ואף הוא סבור כי אין לצמצם את חובת הפנייה המוקדמת רק לתובענות המוגשות נגד רשות לפי פרט 11 ויש להחילה גם בתביעות נגד רשות ב"כובעים" האחרים. היועץ סבור כי לרוב, הפנייה המוקדמת תוביל לקיצור תקופת הגבייה הבלתי חוקית ואין ממש בחשש שהיא תגרום להארכתה.

היועץ מאמץ את קביעותיו של פסק הדין לפיהן יש להקיש לענייננו מן הכלל בדבר החובה למצות הליכים הנוהג בדין המנהלי ומדגיש כי הקביעות בפסק הדין לעניין זה ראויות שכן הן מאמצות את הדרישה באופן "רך" המותאם לאופיו של הליך התובענה הייצוגית המנהלית. עוד מוסיף היועץ וטוען כי עיון בהיסטוריה החקיקתית מלמד שהמחוקק בחר, במכוון, להותיר את שאלת הפנייה המוקדמת לשיקול דעתו של בית המשפט וכי ההלכה שנקבעה בפסק הדין, הקובעת מתווה מורכב ומאוזן לרבות חריגים לכלל הפנייה המוקדמת בהתאם לנסיבות המקרה, מתיישבת היטב עם כוונתו זו של המחוקק.

עוד סבור היועץ כי רשות מנהלית אינה מחויבת לשלם גמול ושכר טרחה במקרה שבו הפנייה המוקדמת אליה נענתה והובילה לחדילה, ככל שהדין לא קבע מנגנון לכך. לשיטתו, יש לעודד ולהכווין אזרחות טובה גם "לשם שמים" ולא רק לשם קבלת גמול והוא טוען כי היקף המשאבים הנדרשים לשם עריכת פנייה מוקדמת קטן משמעותית מזה הנדרש לשם הגשת בקשה לאישור; בהליכים מנהליים לא חלה על הרשות חובה לשלם גמול כספי לעותר הפוטנציאלי בעקבות פנייה מוקדמת שנענתה והתכלית של קידום טובת הקבוצה הושגה במהירות. היועץ מוסיף וטוען כי אי תשלום גמול כספי בעקבות פנייה מוקדמת שנענתה, לא יפגע במערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות ראויות (פסקאות 29-36 להשלמת טיעון מטעם היועץ). כמו כן סבור היועץ כי לשון החוק אינה מאפשרת הגשת תביעה לתשלום גמול ושכר טרחה בעקבות פנייה מוקדמת שנענתה, ובהפנותו לעמדת השופט נ' הנדל בהקשר זה, טוען היועץ כי ככל שתוכר אפשרות להגיש תביעת גמול ושכר טרחה במקרים מעין אלו, הפנייה המוקדמת לא תוביל לחסכון משמעותי במשאבים ובזמן שיפוטי.

בקשה לצירוף פורום מנכ"לים של תאגידי המים והביוב כצד להליך

16. פורום המנכ"לים של תאגידי המים והביוב (להלן: הפורום) ביקש להצטרף להליך כ"ידיד בית המשפט". בבקשתו פירט הפורום את עמדתו בסוגיית סיווג תובענות ייצוגיות נגד תאגידי מים וביוב וציין כי תאגידי אלה הם רשות מנהלית והתשלומים המוטלים על ידם הם "תשלומי חובה". הפורום סבור על כן כי תכלית ההגנות הייחודיות שמעניק חוק תובענות ייצוגיות לרשויות כנתבעות בהליך הייצוגי יפה אף ביחס לתאגידי מים וביוב.

תגובת העותר להשלמת טיעוני יתר הצדדים

17. בתגובתו להשלמת טיעוני יתר הצדדים שב העותר על עיקרי טענותיו. כמו כן הוא מסתייג מעמדת מי הגליל והיועץ המשפטי לפיה יש לקבוע חובת פנייה מוקדמת אף במקרה שבו התביעה מוגשת נגד רשות שלא לפי פרט 11. לשיטת העותר, אין מקום להעניק לרשות פריבילגיה בשוק החופשי שנתבע אחר אינו זוכה לה, והוא מוסיף וטוען כי לא תהיה תועלת בפנייה מוקדמת במקרה כזה מכיוון שהיא לא תאיין את זכות התביעה של הקבוצה כמו בתביעות לפי פרט 11 שבהן יש לרשות אפשרות לחדול מן הגבייה.

דיון והודעת עדכון מטעם היועץ המשפטי לממשלה

18. ביום 24.1.2019 התקיים דיון בהליך דנן ובמהלכו צייין בא כוח היועץ, עו"ד שחם, במענה לשאלת בית המשפט, כי הגם שנשקלה האפשרות לתקן את חוק תובענות ייצוגיות בעניין חובת הפנייה המוקדמת לרשות, בסופו של יום הוחלט שלא לעשות כן. ביום 11.4.2019 הגיש היועץ הודעה מעדכנת לבית המשפט בה צויין כי יש בכוונתו להקים צוות שיכלול את הגורמים הנוגעים בדבר, על מנת לבחון אם יש מקום לקביעת חובה בחוק לשלם גמול ושכר טרחה למי שפנו אל הרשות בפנייה מוקדמת שנענתה. אך כפי שעולה מההודעה המעדכנת אין בכוונת היועץ לבחון שינוי חקיקה בכל הנוגע להטלת חובה להקדים פנייה אל הרשות טרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה.

דיון והכרעה

19. האם מבקש ובא כוחו, אשר מתכוונים להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשות מנהלית לפי פרט 11 של התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, מחויבים להקדים פנייה אל הרשות טרם הגשת הבקשה לאישור? כיצד על הרשות ועל הפונה לפעול במקרה שבו הפנייה המוקדמת הניבה חדילה של הרשות? האם במקרה כזה יש מקום לתשלום של גמול ושכר טרחה למבקש ולבא כוחו?

שאלות אלה הועמדו לדיון על ידי הנשיאה מ' נאור בהחלטתה לקיים דיון נוסף בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. אך כפי שצויין, הנשיאה מ' נאור הוסיפה וקבעה בהחלטתה כי יש להקדים ולבחון את שאלת סיווגה של התובענה דנן כתובענה ייצוגית לפי פרט 11 לתוספת השנייה וכי ככל שימצא שאין לסווגה כך, ייתכן ויוחלט כי השאלות שפורטו לעיל אינן מתעוררות במקרה זה.

כפי שציינתי בפתח הדברים, אני סבורה שאכן אין לסווג את התובענה במקרה דנן כתובענה לפי פרט 11 לתוספת השנייה, וזאת מן הטעמים שיפורטו להלן. עם זאת, ואף זאת כבר צויין, לא ראיתי עצמי פטורה מלדון בשאלות העקרוניות שעלו לעניין הפנייה המוקדמת, וזאת על מנת להעמיד הלכה על מכונה בסוגיה זו.

דרך הילוכו של הדיון תהא, אפוא, זו: תחילה אדון בשאלת סיווגה של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד מי הגליל ובהשלכות של הסיווג על התוצאה האופרטיבית

בדיון הנוסף דנן ולאחר מכן, אדון בשאלת חובת הפנייה המוקדמת לרשות טרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק.

סיווגה של התובענה הייצוגית נגד מי הגליל – האם תובענה נגד עוסק או נגד רשות

20. התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות מונה רשימה סגורה של תביעות שניתן להגיש בגינן הליך ייצוגי. בענייננו ביסס העותר את בקשתו לאישור תובענה ייצוגית הן על פרט 1 והן על פרט 11 לתוספת, והצדדים חלוקים ביניהם בשאלה האם ניתן היה להגיש את ההליך הייצוגי דנן על פי פרט 11.

בפסק הדין מושא הדיון הנוסף קבע המשנה לנשיאה א' רובינשטיין כי מי הגליל הינה "רשות הפועלת על פי דין" וכי הפעילות נושא ההליך – גביית ריבית על תשלומים בגין שירותי מים וביוב – הינה פעילות שלטונית-ציבורית ולא עסקית-פרטית, בהינתן המאפיינים הדומיננטיים של מי-גליל כתאגיד מים וביוב. השופטים ח' מלצר ונ' הנדל לא התייחסו לסוגיה זו בפסק דינם. ניתן, אפוא, להניח כי קביעותיו של המשנה לנשיאה בהקשר זה מקובלות עליהם והיוו נקודת מוצא לדיון שערכו בסוגיית הפנייה המוקדמת.

21. האם תאגיד מים וביוב עונה להגדרת "רשות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות?

סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות מפנה להגדרת המונח "רשות" שבסעיף 2 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט לענינים מינהליים), ומחיל אותה על הוראות החוק הנוגעות לרשות. וכך קובעת ההגדרה שבחוק בתי משפט לענינים מינהליים: "רשות" – רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

סעיף 1 לחוק המים, התשי"ט-1959 (להלן: חוק המים) קובע כי "מקורות המים שבמדינה הם קנין הציבור, נתונים לשליטתה של המדינה ומיועדים לצרכי תושביה ולפיתוח הארץ" וסעיף 3 לחוק המים קובע כי "כל אדם זכאי לקבל מים ולהשתמש בהם בכפוף להוראות חוק זה". הנה כי כן, המים בישראל הם משאב ציבורי ומוצר צריכה חיוני לתושביה (בג"ץ 10541/09 יובלים ש.ד.י. בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 24 (5.1.2012); בג"ץ 6951/17 אפיקי מים אגודה שיתופית חקלאית נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, פסקה 2 (3.4.2019)), ותפיסה זו עומדת ביסוד חוק תאגידי המים, אשר מכוחו הוקמו תאגידי המים והביוב. חוק תאגידי המים קובע הוראות בדבר הקמת תאגידי מים וביוב (ראו למשל סעיפים 3-5 לחוק תאגידי המים) וכן נקבעו בו

התפקידים והחובות המוטלים על תאגידיים אלה (ראו למשל סעיפים 22-23 לחוק תאגידי המים). המטרה שלשמה הוקמו תאגידי המים והביוב היא הענקת שירותי מים וביוב, כ"שירות ציבורי" (ראו סעיף 1(ב) לחוק תאגידי המים). מכאן, שעל אף היותם גוף נפרד מן הרשויות המקומיות ובעלי אישיות משפטית עצמאית, תאגידי המים והביוב הם תאגידיים סטטוטוריים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין ולפיכך ראוי לסווגם כ"רשויות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות (בג"ץ 8299/01 ועד העובדים של ההנדסאים, הטכנאים, המהנדסים והאקדמאים ברשות שדות התעופה נ' רשות שדות התעופה בישראל, פ"ד ס(2) 370, 387 (2005); עפר שפיר ונטלי שמואלי מעודי תאגידי מים וביוב 897-898 (2012); אסף הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי 41 (2008); דפנה ברק-ארז "תאגידיים ציבוריים" עיוני משפט יט(2) 273, 281 (1995)).

22. האם היה מקום להגיש את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הנדונה נגד מי הגליל בכובעה כ"רשות" לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות?

המסקנה כי מי הגליל, בהיותה תאגיד מים וביוב, עונה להגדרה של "רשות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות אין משמעה כי כל תובענה ייצוגית נגדה תתנהל, בהכרח, לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק. פרט זה קובע כי ניתן להגיש כהליך ייצוגי "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר [...]". פרט 11 משמיע לנו, אפוא, מספר תנאים מצטברים: הראשון, כי מדובר בתביעה נגד "רשות", כהגדרתה בחוק תובענות ייצוגיות; השני, כי מדובר בתביעה כספית שהסעד המבוקש בה הוא סעד של השבה, ולא סעד אחר דוגמת סעד הצהרתי או צו עשה; והשלישי, שעילת התביעה היא גבייה שלא כדין של מס, אגרה או תשלום חובה אחר.

בענייננו הצדדים חלוקים בשאלה האם גביית תעריפי מים וביוב היא גבייה של "מס, אגרה או תשלום חובה אחר". המושג "תשלום חובה", וכמוהו המושגים "מס" ו"אגרה" המופיעים בפרט 11 לתוספת השנייה, אינם מוגדרים בחוק והם התפרשו בפסיקה ממקרה למקרה. כך למשל בע"מ 1859/15 קפלן נ' משרד הבריאות (9.8.2016) (להלן: עניין קפלן) נדונה השאלה האם תשלום שנגבה מאדם עבור קבלת מידע רפואי מבית חולים ממשלתי או מצה"ל, הוא "אגרה" או "תשלום חובה", כמשמעותם בפרט 11, או שמא מדובר ב"מחיר" אשר מיועד לממן את עלויות השירות ואינו בא בגדר פרט זה. באותו עניין נפסק, על פי התשתית העובדתית שאימץ בית המשפט המחוזי, כי מדובר ב"מחיר". בבר"מ 7302/16 עיריית תל אביב יפו נ' איגרא (15.3.2018) נדונה השאלה האם קנסות בגין ביצוע עבירות, לרבות עבירות חניה, נחשבים כ"תשלום

חובה" לצורך פרט 11 לתוספת השנייה. נקבע כי קנסות בגין ביצוע עבירות המוטלים בהליך פלילי כאמצעי ענישה, אינם מהווים "תשלום חובה" לצורך פרט 11 לתוספת השנייה באשר תכליתם אינה עולה בקנה אחד עם התכלית המרכזית שביסוד גביית מיסים ותשלומי חובה והיא – מימון תקציב והוצאות המדינה (פסקה 4 לפסק הדין). בעע"מ 7373/10 לוי נ' מדינת ישראל (13.8.2012) (להלן: עניין לוי) נדונה השאלה האם תביעה שעניינה השבת סכומים שנוכו בכפייה על ידי המשיבה מגמלאים לתשלום פרמיות ביטוח, נכללת בהגדרת עילת התביעה שבפרט 11. בעניין לוי ציין השופט צ' זילברטל, בין היתר, כי כדי לקבוע האם תשלום מסוים בא בגדרי פרט 11 יש לברר האם מדובר בתשלום מסוג התשלומים אשר נדרשת הסמכה בדין כדי להטילו. זאת נוכח הדמיון הלשוני שבין נוסחו של פרט 11 לנוסחו של סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה (פסקה 24 לפסק דינו).

23. הדמיון בין נוסחו של פרט 11 לנוסח שבסעיף 1 לחוק יסוד: משק המדינה, שעליו עמד בית המשפט בעניין לוי, מוליך אותנו אל פסק הדין בבג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב (13.11.2014) (להלן: עניין רשות המים), שאליו התייחסו הצדדים בהרחבה בטיעוניהם. בעניין רשות המים נדונה השאלה כיצד יש לסווג את תעריפי המים והביוב בישראל לעניין סעיף 1(ב) לחוק יסוד: משק המדינה, המתייחס ל: "מיסים, מילואות חובה, תשלומי חובה אחרים ואגרות" – האם מדובר ב"מחיר" או שמא באיזה מתשלומי החובה שמונה הסעיף? סיווג התעריפים באותו עניין כאחד מתשלומי החובה היה מוביל לתוצאה כי הוא טעון אישור הכנסת, ואילו סיווגם כ"מחיר" היה מוביל לתוצאה כי הוא אינו טעון אישור כזה. בית המשפט הכריע שם, בדעת רוב, כי תשלום בגין שירותי מים וביוב הוא במהותו "מחיר" ואין לראות בו "מס" או "תשלום חובה". זאת לאחר שניתח את התכליות של החוקים הרלוונטיים, את מאפייני שירותי המים והביוב וביסס את עיקר ההנמקה על כך שתעריפי המים והביוב בתאגידים ייקבעו לפי העלות הריאלית של אספקת שירותי המים והביוב (סעיף 102(ב) לחוק תאגידי המים; עניין רשות המים, פסקה נ"א לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין).

בפסק הדין מושא הדיון הנוסף התייחס המשנה לנשיאה לעניין רשות המים בהערת אגב בלבד בציינו כי באותו עניין "קבע בית משפט זה שתשלום בעבור מים הוא בבחינת 'מחיר' ולא 'מס' – כפי שטען המשיב – ואולם אין לכך נפקות מעשית בענייננו, הואיל ועל פי פרט 11, ניתן להגיש תובענה כנגד הרשות בגין גביה בלתי חוקית של סכומים שנגבו שלא כדין כמס, אגרה או תשלום חובה אחר" (פסקה ס"א לפסק הדין, ההדגשות במקור). מי הגליל טוענת אף היא כי אין להקיש מן הקביעות בעניין רשות המים

לענייננו וכי יש לעמוד על מאפייניו של התשלום בראי החיקוק הרלוונטי, הוא חוק תובענות ייצוגיות. הפורום מצידו מרחיק לכת עוד יותר וטוען כי ההלכה שנקבעה בעניין רשות המים שגויה ויש לעיין בה מחדש.

עמדתי שונה.

24. ראשית, ההלכה שנקבעה בעניין רשות המים נפסקה על ידי בית משפט זה בהרכב מורחב של שבעה שופטים והיא איננה עומדת לדיון נוסף או לבחינה מחודשת במסגרת ההליך דנן. שנית, מקובלת עלי הגישה הפרשנית אשר קיבלה ביטוי בעניין לוי, שם עמד בית המשפט על הדמיון הלשוני הניכר בין נוסחו של סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה – המתייחס ל"מסים, מילואות חובה ותשלומי חובה אחרים" וכן ל"אגרות" – לנוסחו של פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות המתייחס כאמור ל"מס, אגרה או תשלום חובה אחר", בסוברו כי דמיון זה מקרין על המהלך הפרשני בבואנו לסווג תשלום כלשהו ולקבוע האם הוא בא בגדר סוגי התשלומים המנויים בפרט 11.

מי הגליל לא הציגה כל טעם מבורר המצדיק הבחנה בין הפירוש שניתן לתעריפי המים והביוב כ"מחיר" לעניין חוק יסוד: משק המדינה, ובין הפירוש שיש ליתן במקרה דנן לתשלומי הריבית הנוגעים לאותם תעריפים לעניין פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. זאת ועוד, המבחן המבדיל בין "מחיר" ל"מסים, מילואות חובה, תשלומי חובה אחרים ואגרות", שנקבע בעניין רשות המים בכל הנוגע להוראת סעיף 1(ב) לחוק יסוד: משק המדינה, אף אומץ בפסיקה מאוחרת שבה נדונה שאלת סיווגם של תשלומים שגובות רשויות, לצורך תחולתו של פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. כך למשל בעע"מ 2796/13 מגאדבה נ' שירותות בת"י הסוהר – מדינת ישראל (6.9.2017), נפסק כי גביית עמלת הפקדה בחשבון מאסירים אינה מסוג התשלומים המנויים בפרט 11 לתוספת השנייה לחוק. וזאת בעיקרו של דבר בהתבסס על מבחן העלות הריאלית, אשר נקבע בעניין רשות המים, וכדברי בית המשפט:

"כאשר התשלום שאותו נדרש האזרח לשלם לרשות הינו שווה בפועל לתשלום שאותו הוא היה משלם אילו היה רוכש את אותה תמורה בשוק החופשי – ניתן לראות בתשלום זה כ'מחיר' ולא כ'מס', או 'תשלום חובה' גם אם המדובר בתשלום שאותו הרשות גובה מהאזרח בתנאי מונופול, עבור שירות בסיסי ונצרך. כפי שחברי, המשנה לנשיאה, השופט

א' רובינשטיין הטעים – הגיונו של כלל זה בצידו: כאשר המדינה מספקת שירות חיוני בתנאי מונופול, קיים חשש שמא היא תנצל את כוחה המונופוליסטי ואת הביקוש הקשיח לשירות, כדי לגבות מחיר גבוה מהמחיר שהיה נגבה אילו הייתה לאזרח האפשרות לבחור שלא לרכוש את השירות. חשש זה מתאיין מקום שהמדינה – על-אף כוחה המונופוליסטי ולמרות הביקוש הקשיח – גובה עבור השירות החיוני מחיר השקול למחיר שהיה נגבה על ידה בתנאי תחרות. משכך, בסיטואציה שכזו – אין הצדקה לראות בתשלום עבור שירות חיוני בתנאי מונופול כ'תשלום חובה', אלא כ'מחיר' (פסקה 32 לפסק הדין).

ראו גם בר"מ 6591/15 עיריית קרית ביאליק נ' רווח, פסקאות 5-6 (9.3.2016); עניין קפלן, פסקאות 4-5.

25. משדן בית המשפט בעניין רשות המים בשאלת סיווגם של אותם התשלומים ממש אשר בהם נוגע ההליך שבפנינו – תעריפי מים וביוב – וקבע, על פי מבחן העלות הריאלית, כי מדובר ב"מחיר" ולא במס, אגרות או בתשלומי חובה אחרים, אני סבורה כי יש לפסוע גם במקרה דנן בתלם הפרשני שכבר נחרש שם ואשר בו כבר פסעה הפסיקה לגבי תשלומים שונים בבואה לפרש את המונחים "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" בפרט 11 לתוספת השנייה. תלם פרשני זה מוליך אותנו אל המסקנה כי התשלומים נושא ההליך דנן, הנוגעים לריבית על תעריפי המים והביוב, אף הם "מחיר" ולא "מס, אגרה או תשלום חובה אחר", ועל כן הם אינם באים בגדר פרט 11 לתוספת השנייה.

26. העותר ביקש לתעל את ההליך הייצוגי שהגיש גם אל המסלול הקבוע בפרט 1 לתוספת השנייה לפיו ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ב"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". המשנה לנשיאה א' רובינשטיין סבר כי פרט זה אינו מתאים לענייננו בשל מאפייניה הדומיננטיים של מי הגליל הפועלת בגביית ריבית על תשלומים בגין שירותי מים וביוב כרשות ולא כעוסק (פסקה נ"ט לפסק דינו).

דעתי שונה.

סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן מגדיר "עוסק" כ"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן". סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן מלמדנו כי אף המדינה יכולה להיחשב

כ"עוסק" לצורך החוק בקבעו כי "לענין חוק זה דין המדינה כעוסק כדין כל עוסק אחר". בכל מקרה שבו נתקפת פעולתה של הרשות יש לבחון, אפוא, האם מדובר בפועלה של הרשות כרשות או בפועלה כעוסק. בעע"מ 7752/12 אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל (2.11.2014) (להלן: עניין אסל) ציין השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין כי ביסוד ההכרעה בשאלה האם יש לסווג את פעולתה של הרשות כ"עוסק" ניצבים שני שיקולים: האחד, מהות הפעולה הנתקפת כפעולה שנעשית על דרך העיסוק, והשני, תכליתו של חוק הגנת הצרכן כחוק שנועד להגן על הצרכנים – כצד חלש – מפני "עוסק" הנהנה מיתרון כלכלי ומקצועי בתחום עיסוקו (עניין אסל, פסקה ט"ז; כן ראו רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876, 883-884 (2002)).

27. אני סבורה כי יישומם של שני השיקולים הללו על המקרה דנן מוביל למסקנה כי בגביית תעריפי מים וביוב מכוח חוק תאגידי המים, פועלים תאגידי המים והביוב כ"עוסק". חוק תאגידי המים נחקק בשנת 2001 במסגרת רפורמה נרחבת במשק המים והביוב בישראל, ומטרותיו מפורטות בסעיף 1(א), כך:

- (1) להבטיח רמת שירות, איכות ואמינות נאותים, במחירים סבירים ובלא הפליה, בתחום שירותי המים והביוב;
- (2) להבטיח ייעוד של ההכנסות ממתן שירותי אספקת מים וביוב לצורך השקעות במערכות המים והביוב, הפעלתן ומתן השירותים;
- (3) לאפשר גיוס הון להשקעות במשק המים והביוב, ושיתוף משקיעים פרטיים בבעלות ובחלוקת הרווחים;
- (4) להביא לניהול עסקי, מקצועי ויעיל של מערכות המים והביוב ברשויות המקומיות;
- (5) לעודד חיסכון במים ובמשאבים אחרים, שמירה על מקורות המים, בריאות הציבור, איכות הסביבה וערכי טבע ונוף ומניעת זיהום הים והנחלים, ככל שהדברים נובעים ממשק המים והביוב;
- (6) לעודד תחרות במתן שירותים הקשורים במשק המים והביוב.

תאגידי המים והביוב הוקמו לצורך הגשמת מטרות אלה, כך מעידה הוראת סעיף 1(ב) לחוק תאגידי המים הקובעת כי "לשם השגת מטרות החוק יוסמכו הרשויות המקומיות להקים, לפי חוק זה, חברות לשירותי ציבורי, שתפקידן העיקרי יהיה לתת שירותי מים וביוב בתחומיהן", תוך יצירת "הפרדה מוחלטת של משק המים והביוב העירוני מיתר השירותים העירוניים" (ראו דברי הסבר להצעת חוק תאגידי מים וביוב, התש"ס-1999, ה"ח 2823). למעשה, האחריות על מתן שירותי אספקת מים והטיפול בביוב הועברה מידי הרשויות המקומיות לידי תאגידי המים והביוב, שהם תאגידי פרטיים, ואף

נקבעה הפרדה מוסדית ותקציבית בין הרשות המקומית לתאגיד המים והביוב (להרחבה ראו בג"ץ 9351/17 עיריית ראשון לציון נ' הוועדה לבדיקת מינויים, פסקאות 3-4 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (23.7.2018)). בבסיס הרפורמה עמדו שני עקרונות: הראשון – עקרון האחידות המבטא שאיפה להאחדת התעריף לצרכנים ברחבי הארץ, והשני – עקרון העלות, אשר הוזכר לעיל, לפיו תעריפי המים והביוב יגלמו את העלות הריאלית הכרוכה באספקתם של שירותי המים והביוב (סעיף 101(א) לחוק תאגידי המים).

28. סעיף 1(א)(4) לחוק תאגידי המים קובע כי אחת ממטרותיו של החוק היא להביא לניהול עסקי, מקצועי ויעיל של מערכות המים והביוב ברשויות המקומיות. סעיף 1(א)(6) קובע כי אחת ממטרות החוק היא לעודד תחרות במתן שירותים הקשורים במשק המים והביוב ואילו סעיף 1(א)(3) קובע כי אחת מן המטרות היא לאפשר גיוס הון להשקעות במשק המים והביוב, ושיתוף משקיעים פרטיים בבעלות ובחלוקת הרווחים. הצדדים ציינו בפנינו כי עד למועד זה טרם נמכרה שליטה בתאגיד מים וביוב לגורם פרטי (ראו למשל דברי באכוח היועץ המשפטי לממשלה בעמ' 18 לפרוטוקול הדיון מיום 24.1.2019). אולם אפשרות זו קיימת על פי חוק תאגידי המים ונשמעות גם דעות לפיהן הקמת תאגידי המים והביוב היא למעשה הצעד הראשון בדרך להפרטה מוחלטת באמצעות מכירה (ראו למשל: אלרן שפירא בר אור "ההפרטה של שירותי הספקת המים בישראל: באפיק ההפרטה 'המוחלטת' חוקים א 319 (2009)). מטרות אלה שהציב החוק הן בעלות סממנים עסקיים מובהקים ויש בהן כדי ללמד כי תאגידי המים פועלים בגביית תעריפי מים וביוב על דרך העיסוק, תוך השאת רווחים ואף תוך חלוקת דיבידנדים. בהקשר זה הפנה העותר בהשלמת הטיעון מטעמו למחקר שנערך על ידי ויקטור פתאל, "תיאור וניתוח כלכלי של משק המים העירוני ושל תאגידי המים והביוב", מרכז המחקר והמידע של הכנסת (9.12.2014), שם צוין כי הרווח הנקי של תאגידי מים וביוב בשנת 2013 הסתכם בכ-166.8 מיליון ש"ח וכי באותה שנה הם חילקו לבעלים (שהן הרשויות המקומיות) דיבידנדים בסך של כ-178.9 מיליון ש"ח.

העובדה שתעריפי המים והביוב הנגבים מן הצרכנים נקבעים בהתאם לעקרון העלות הריאלית תוך חיקוי של עקרונות לקביעת מחיר כלכלי בשוק תחרותי, מרחיקה אף היא את פעילותם של תאגידי המים מן הפן השלטוני-ציבורי. עמד על כך השופט א' רובינשטיין בעניין רשות המים באמרו:

"קיימת איפוא זיקה ממשית בין סך התשלום בעבור שירותי המים והביוב לבין סך שווים של שירותים אלה – הוא עקרון העלות הריאלית. זאת – למעט רווח סביר, שכן מטרת החוק, בין היתר, להביא

לניהול עסקי של תאגידי המים והביוב תוך שיתוף משקיעים פרטיים בבעלות ובחלוקת הרווחים כנהוג בשוק חופשי (סעיף 1(א)(3) ו-1(א)(4) לחוק תאגידי מים), ומשקיעים כאלה מצפים לרווח. מאפיין זה של תשלומי המים והביוב נוגד את המס ביסוד הגדרתו המקובלת, ומרחיק אותנו ממנו. בנוסף, מנוגד הוא במובהק לטבעה של האגרה "פסקה נ"א, ההדגשות אינן במקור).

אינדיקציות נוספות לכך שבין תאגיד המים והביוב לצרכן מתקיימים יחסי עוסק-לקוח בכל הנוגע לגביית תשלומים בגין שירותי מים וביוב, ניתן למצוא בעובדה שתאגיד המים והביוב מאוגד כחברה בע"מ, וכן בעובדה שתאגיד המים והביוב מחייב את הצרכנים בתשלום מע"מ – מס אשר חל על "עסקה בישראל" (סעיף 2 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975).

29. מן הטעמים המפורטים לעיל אני סבורה כי בפנינו הליך ייצוגי אשר העותר רשאי להגישו נגד מי הגליל על פי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, וזאת משום שבכל הנוגע לעילה נושא ההליך, פועלת מי הגליל – שהיא רשות – בכובעה כעוסק. מכאן נגזרת המסקנה כי מנגנון הודעת החדילה הקבוע בסעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, אינו עומד לרשות מי הגליל במקרה דנן, כי לא ניתן היה לדחות את הבקשה לאישור מטעם זה וכי עלינו להחזיר את הדיון בבקשת האישור אל בית המשפט המחוזי על מנת שידון בה לגופה. ואולם, כל הצדדים להליך תמימי דעים כי לנוכח הזמן הרב שחלף מאז שהוגשה הבקשה לאישור ובהינתן השלב הדיוני שבו מצוי ההליך, אין מקום להשיבו לבית המשפט המחוזי ולחדש את הדיון בבקשה לאישור (סעיף 6 להשלמת טיעון מטעם מי הגליל; סעיף 112 להשלמת טיעון מטעם היועץ; סעיפים 55-56 לתגובת העותר להשלמת טיעוני יתר הצדדים).

עמדה זו מקובלת עלי.

30. בהינתן המסקנה שאליה הגעתי ולפיה בפנינו הליך ייצוגי אשר ניתן להגישו לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות ולא לפי פרט 11, ניתן היה לסיים כאן את הדיון הנוסף. זאת משום שהשאלות הנוספות שהוצבו לדיון נוסף על פי החלטת הנשיאה מ' נאור מיום 30.8.2017, תוחמות את הדיון בסוגיית הפנייה המוקדמת להליך ייצוגי המוגש נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השנייה. עם זאת, כפי שהוספתי וציינתי לעיל, משהגענו עד הלום אני סבורה כי מן הראוי להשלים את הדיון וההכרעה בסוגיית הפנייה המוקדמת על מנת להעמיד הלכה על מכונה, בייחוד משבמהלך הדיון הנוסף

עלתה טענה מצד מי הגליל ומצד היועץ המשפטי לממשלה לפיה כל הליך ייצוגי המוגש נגד רשות, גם אם הוגש לפי פרט 1 לתוספת השנייה, מצריך פנייה מוקדמת.

חובת הפנייה המוקדמת לרשות טרם הגשת הליך ייצוגי

31. האם יש מקום להטיל חובת פנייה מוקדמת על המבקש ובא כוחו טרם נקיטת הליך ייצוגי נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, אף שחובה כזו אינה מוסדרת בחוק?

בפסק הדין מושא הדיון הנוסף השיב בית המשפט, פה אחד, על שאלה זו בחיוב, אך הוא הוסיף וקבע כי היעדר פנייה מוקדמת לא יוביל, ככלל, לדחיית בקשת האישור על הסף וכי הדבר יקבל ביטוי במישור הגמול ושכר הטרחה וכן בשיקולים שעל בית המשפט לשקול בדונו בבקשת האישור לגופה.

32. בפסק הדין המקיף והמפורט של המשנה לנשיאה הוא מציג יתרונות לא מבוטלים שיש לפנייה מוקדמת אל הרשות טרם הגשת בקשה לאישור תביעה ייצוגית נגדה. למרות יתרונות אלה ומן הטעמים שאפרט להלן אני סבורה כי אין מקום לקבוע חובת פנייה מוקדמת כזו שלא על דרך של תיקון חקיקה.

נקודת המוצא לדיון היא כי חוק תובענות ייצוגיות אינו קובע חובת פנייה מוקדמת לרשות טרם נקיטת הליך ייצוגי נגדה, וזאת אף שהוא קובע הסדרים ייחודיים אחרים החלים על תובענות ייצוגיות נגד רשות אשר ברובם חלים על תובענות ייצוגיות המוגשות נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק. השאלה המרכזית הטעונה הכרעה היא מהי המשמעות שיש ליחס "שתיקתו" של המחוקק בכל הנוגע לסוגיית הפנייה המוקדמת – האם שתיקתו מעידה על כך שהמחוקק ביקש שלא לקבוע חובה כזו – היינו מדובר בהסדר שלילי – או שמא מדובר בחֶסֶר (לאקונה) המצריך השלמה שיפוטית?

השאלה האם הסדר חקיקתי מהווה הסדר שלילי או חֶסֶר חקיקתי היא שאלה פרשנית. הסדר נורמטיבי יפורש כהסדר שלילי ככל שיוסק כי שתיקתו של המחוקק, במסגרת הסדר נורמטיבי נתון, היתה מכוונת ותכליתה היתה לשלול את ההסדר שאליו נמנע המחוקק מלהתייחס. לעומת זאת, הסדר נורמטיבי יפורש כהסדר שיש בו חֶסֶר חקיקתי כאשר הבחינה תעלה כי דבר החקיקה אינו שלם והוא חסר פתרון לבעיה מסוימת, באופן המנוגד לתכליתו (ראו והשוו: ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים

שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 323-325 (1995); רע"א 10879/02 באולינג כפר סבא נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה, פסקאות 21-22 (6.12.2006); דנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ' דמארי, פסקות 21-22 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 465-470 (1992)). במקרה כזה, יוכל בית המשפט להשלים את החקר ולהגשים בכך את תכליתו של ההסדר (אהרן ברק מבחר כתבים א, 833-834 (תש"ס)).

33. בהינתן מושכלות יסוד אלה עלינו לבחון את ההסדר החקיקתי שבחוק תובענות ייצוגיות ובפרט את ההוראות הנוגעות להליכים ייצוגיים נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק, ולברר האם הסדר זה הוא הסדר שלילי אשר ביקש להוציא את ההליך הייצוגי נגד רשות מכלל חובת הפנייה המוקדמת, או שמא בפנינו חקר המצדיק השלמה על דרך של קביעה שיפוטית המחילה חובה כזו בהליך ייצוגי נגד רשות.

א. תביעה ייצוגית נגד "רשות" – ההסדר הנורמטיבי הקיים

34. חוק תובענות ייצוגיות נחקק בשנת 2006 כהסדר סטטוטורי כולל והחליף הסדרים פרטניים לעניין הגשתן וניהולן של תובענות ייצוגיות אשר היו פזורים עד לחקיקתו בדברי חקיקה שונים. זאת בעקבות קריאתו של בית משפט זה למחוקק לעשות להסדרה סטטוטורית כוללת כאמור (רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נ"ז(3) 220 (2003)). חוק תובענות ייצוגיות מגדיר תובענה ייצוגית כ"תובענה המנוהלת בשם קבוצת בני אדם, שלא ייפו את כוחו של התובע המייצג לכך, ואשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה" (סעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות). התובענה הייצוגית היא כלי לקידום אינטרסים ציבוריים ואחת ממטרותיה היא לאפשר לקבוצת אנשים, אשר נזקם האישי של כל אחד מהם קטן ואינו מצדיק הגשת תביעה עצמאית בגינו, לאחד אינטרסים ולממש בדרך זו את זכות הגישה לערכאות (סעיף 1(1) לחוק תובענות ייצוגיות; רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 783-784 (1996); רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פסקה 39 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (11.4.2013); רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ, פסקה כ' לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (6.9.2017); דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 93). כמו כן, מיועד מוסד התובענה הייצוגית להגשים מטרות ציבוריות המפורטות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות ובהן אכיפת הדין והרתעה מפני הפרות חוק עתידיות (סעיף 1(2) לחוק); מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין (סעיף 1(3) לחוק) וכן ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות (סעיף 1(4) לחוק).

החוק קובע כללים אחידים לניהולן של תובענות ייצוגיות. בין היתר קובע החוק תנאים להגשתן ולאישורן (סעיפים 5 ו-8 לחוק); חובות בדבר פומביות ההליך ורישומן בפנקס התובענות הייצוגיות (סעיף 6 לחוק); מנגנונים לאישור הסדר פשרה ביחס להליך ייצוגי (סעיפים 18-19 לחוק) וכן מנגנונים לקביעת גמול לתובע הייצוגי ושכר טרחה לבא כוחו (סעיפים 22 ו-23 לחוק).

35. ככלל, כך קובע חוק תובענות ייצוגיות, החוק חל על המדינה (סעיף 29 לחוק). עם זאת, כפי שכבר צוין, נקבעו בו הסדרים ייחודיים החלים על תובענות ייצוגיות נגד רשות, המבחינים בינה ובין נתבעים אחרים שאינם עונים להגדרת "רשות". כך בין היתר, באשר לעילות שבגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית נגד רשות (ראו סעיף 3(א) לחוק) ובאשר להיקף הפיצוי שניתן לפסוק לחובתה (ראו סעיפים 20(ד)(1) ו-21 לחוק). כמו כן נקבע בסעיף 9 לחוק מנגנון של הודעת חדילה הנותן בידי הרשות "פתח מילוט" מן ההליך הייצוגי בהתקיים התנאים הקבועים לעניין זה באותו הסעיף.

ב. ההיסטוריה החקיקתית

36. ההסדרים הייחודיים הללו שמצאו את מקומם בחוק תובענות ייצוגיות, הם פרי של פשרה בין עמדת חלק מחברי ועדת חוקה חוק ומשפט, אשר ביקשו להחיל את החוק באופן אחיד על כלל הנתבעים בתביעה ייצוגית ובהם רשויות המדינה, לעמדת נציגי משרד המשפטים אשר ביקשו לצמצם את תחולתו של חוק תובענות ייצוגיות על המדינה ורשויותיה, כנתבעות (ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 132 (תשס"ז); סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 עלי משפט ו' 7, 9-13 (תשס"ז) (להלן: גולדשטיין)). עיון בפרוטוקולים של דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת המשנה שלה וכן בפרוטוקולים של דיוני מליאת הכנסת, מלמד על העמדות השונות שהובעו בעניין הסדרת מעמדן של רשויות המדינה בחוק תובענות ייצוגיות ועל המחלוקות שליוו את הליך חקיקת ההסדרים הייחודיים החלים על המדינה ורשויותיה. כך למשל, בדיון במליאת הכנסת בקריאה שניה-שלישית בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 (פרוטוקול ישיבה מס' 310 של הכנסת ה-16, 60-61 (1.3.2016)) ציין חבר הכנסת מיכאל איתן, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז, ביחס להסדרים הייחודיים שהוענקו למדינה במסגרת החוק כי:

"הצעת החוק שאנחנו מביאים היום היא דבר חשוב, שמקדם ומסייע בכיוון הנכון, אבל היא רחוקה מאוד

מלענות אפילו על המינימום הנדרש מבחינת ההגנות, במיוחד בכל מה שהמשלה עמדה עליו [...] אני לא חושב שבנושאים כאלה דינה של המשלה צריך להיות שונה מדינו של בנק, מדינה של חברת טלפונים. מדובר בלקיחת יתר שלא כדין. מדוע לא להשיב? [...] אני חושב שהמשלה היתה צריכה לקחת על עצמה חשיפה כמו כל גוף אחר, אבל בנסיבות שתיארתי לכם, חוק כל כך חשוב, שהושקעה בו הרבה עבודה [...] שגם בית-המשפט העליון פנה למחוקק וציפה לאמירתו – אני חושב שהיה ראוי שהמחוקק ימלא את תפקידו ויאמר את אמירתו [...] תהליך החקיקה הוא תהליך פוליטי, תהליך שבו צריך לקבל פשרות”.

בהמשך אותה ישיבה סקר חבר הכנסת רשף חן, בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט, את ההסדרים הייחודיים שהחוק מחיל על רשויות (שם, עמ' 66-68) (לדיונים נוספים שנערכו בנושא מעמדה של המדינה כנתבעת והדעות השונות בדבר ההגנות שיש ליתן לה ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 15 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 28-31 (11.1.2006); פרוטוקול ישיבה מס' 660 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 15-17 (7.2.2006); פרוטוקול ישיבה מס' 667 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 7, 11 ו-14 (1.3.2006)).

37. ההיסטוריה החקיקתית המתוארת לעיל יש בה כדי ללמד כי סוגיית המעמד המיוחד שניתן לרשות בחוק תובענות ייצוגיות נדונה באריכות רבה ובכובד ראש בהליך החקיקה, והוקדש לה חלק לא מבוטל מתוך 19 הדיונים במצטבר שקיימו ועדת החוקה חוק ומשפט וועדת המשנה שלה בנוסחו של החוק. באותן ישיבות השתתפו מוזמנים רבים לרבות נציגי המשלה והמדינה, נציגי לשכת עורכי הדין, נציגי רשויות, נציגי בנקים וחברות ביטוח ועורכי דין מן השוק הפרטי, והובעה בהן קשת רחבה של דעות. לבסוף אישר המחוקק את ההסדרים הייחודיים המפורטים לעיל, בהתחשב בכלל השיקולים הנוגעים לעניין.

עמד על כך בית משפט זה בבג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (29.8.2011) (להלן: עניין כהן), שם נתקפה חוקתיותן של הוראות חוק תובענות ייצוגיות המעניקות מעמד מיוחד לרשות כנתבעת, וכך פסק:

“לא שוכנענו שבהליך החקיקה של חוק תובענות ייצוגיות נפלו פגמים מן הסוג האמור. מעיון בתגובת הכנסת ובפרוטוקולים המצורפים לה, עולה כי הליך חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות היה הליך יסודי,

קפדני ומעמיק. הוא כלל עשרות ישיבות בוועדת המשנה; השתתפו בו אנשי סגל רבים מהאקדמיה, בנקאים, בעלי עניין נוספים מהשוק הפרטי ובסופו הצטרפו גם נציגים ממשרד המשפטים וממשרד האוצר. יתרה מכך; מקריאת הפרוטוקולים השונים, ובפרט פרוטוקול הדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 7.2.2006, עולה כי בניגוד לטענת העותרים היתה המחלוקת בדבר מעמדה של המדינה כנתבעת נהירה וגלויה לכל המשתתפים כבר במועד דיון זה [...]“(עניין כהן, פסקה 16).

38. במהלך הדיונים שסקרנו לעיל קיימה ועדת המשנה של ועדת החוקה חוק ומשפט דיון גם באפשרות לחייב את מי שנוקט בהליך ייצוגי למצות תחילה מהלך של פנייה מוקדמת, וזאת כחובה כללית ולא רק בהליך המוגש נגד רשות (פרוטוקול ישיבה מס' 10 של ועדת המשנה של ועדת החוק, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 10-16 (14.11.2005)). מאותו דיון עולה כי בעיקרו של דבר המשתתפים בו סברו שיש למקם את סוגיית הפנייה המוקדמת, לגבי כלל הנתבעים, במסגרת השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבקשת האישור בהתייחסו לסוגיית תום הלב של המבקש, תוך מתן הדעת לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה.

שיקול דעת זה אכן נתון לבית המשפט (ראו סעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות) ומקובלת עלי הגישה כי במקרים מתאימים רשאי בית המשפט – על פי שיקול הדעת המסור לו כאמור – לייחס למבקש או לבא כוחו חוסר תום לב בשל אי פנייה מוקדמת, ככל שהנסיבות הקונקרטיות של המקרה הפרטני מצדיקות זאת. מכאן ועד למסקנה כי יש לקבוע חובה כללית של פנייה מוקדמת טרם הגשת הליך ייצוגי ואף ליחד אותה להליכים נגד הרשות בלבד – רב המרחק.

ג. תכליות ההסדרים הייחודיים שנקבעו בחוק ביחס לתובענות ייצוגיות נגד רשות

39. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף עמד המשנה לנשיאה על התכליות המרכזיות שאותן נועדה התובענה הייצוגית נגד הרשות לשרת ובהן אכיפת הדין ומניעת המשך הגבייה הבלתי חוקית, בציינו כי תכליות אלה עומדות ביסוד מנגנון החדילה הקבוע בסעיף 9 לחוק. לשיטתו, אותן התכליות מצדיקות גם את הטלת החובה בדבר פנייה מוקדמת וזאת בשל הסיכוי כי היא תועיל לפתרון מהיר ויעיל יותר של הבעיה (פסקאות מ"א-מ"ב לפסק הדין).

דעתי שונה.

מנגנון החדילה הקבוע בסעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות הוא אחד ההסדרים הייחודיים המשמעותיים ביותר שנקבעו בחוק בכל הנוגע להליך ייצוגי המוגש נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השנייה, והוא קובע כך:

9. (א) הוגשה בקשה לאישור בתביעה כמפורט בפרט 11 בתוספת השניה (בחוק זה – תביעת השבה נגד רשות), לא ידון בה בית המשפט אלא לאחר שחלפה תקופה של 90 ימים מהמועד שבו הוגשה הבקשה לאישור ובית המשפט רשאי להאריך תקופה זו מטעמים שיירשמו (בסעיף זה – המועד הקובע).
 (ב) בית המשפט לא יאשר תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, אם הרשות הודיעה כי תחדל מהגביה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור והוכח לבית המשפט כי היא חדלה מהגביה כאמור לכל המאוחר במועד הקובע.
 (ג) החליט בית המשפט כאמור בסעיף קטן (ב), רשאי הוא –
 (1) על אף הוראות סעיף 22, לפסוק גמול למבקש בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף 22(ב);
 (2) לקבוע שכר טרחה לבא כוח המייצג בהתאם להוראות סעיף 23.”

מנגנון החדילה הקבוע בסעיף זה מאפשר לרשות "פתח מילוט" מן ההליך הייצוגי אם תודיע לבית המשפט, בתוך 90 יום מיום הגשת ההליך, כי תחדל מן הגביה שבגינה הוא הוגש והוכח כי היא אכן חדלה מהגביה עד אותו מועד. הסדר זה וכן ההסדר הקבוע בסעיף 21 לחוק, המגביל את יכולתו של התובע הייצוגי לתבוע השבה מן הרשות לגבי תקופה העולה על 24 חודשים שקדמו למועד הגשת ההליך, נועדו "לרכך" את פועלו של ההליך הייצוגי ככל שהוא מוגש נגד הרשות לעומת פועלו נגד נתבעים אחרים אשר אינם זוכים ל"פתח מילוט" מן ההליך הייצוגי בדמות הודעת חדילה והם אף חשופים לתביעות השבה עד גבול תקופת ההתיישנות ה"רגילה" המשתרעת על פני 7 השנים שקדמו להגשת ההליך.

40. ההסדרים הייחודיים הללו ובכללם הסדר החדילה שבסעיף 9 לחוק נועדו לאזן בין עניינם של חברי הקבוצה ובין האינטרס הציבורי, בין היתר, בשל הצורך לשמור על הקופה הציבורית ולמנוע פגיעה בתפקודה של הרשות. זאת מתוך הכרה כי פגיעה בקופת הרשות עשויה בסופו של יום לפגוע בציבור אשר נדרש לשירותיה. עמדתי על כך ברע"א 6340/07 עיריית תל אביב נ' טיומקין, פסקה 23 (13.2.2011) (להלן: עניין טיומקין) שם ציינתי כי:

"[...] לא ניתן להתעלם ממכלול שלם של שיקולים ייחודיים המחייבים התייחסות מקום שבו הנתבעת היא רשות המשמשת כנאמן על כספי הציבור והמופקדת על ביצוע המטרות הציבוריות שלצורך הגשמתן היא קיימת. כך למשל חיוב רשות ציבורית לשלם סכומים גבוהים מאוד עלול לפגוע בוודאות התקציבית שלה ולמנוע ממנה להמשיך ולמלא את תפקידה כראוי [...] במובן זה, פגיעה ברשות הציבורית, אשר למעשה 'אין לה משל עצמה', עלולה להוביל לפגיעה בציבור כולו, ופגיעה כזו עשויה לעיתים לעלות על התועלת שהציבור יכול להפיק מקבלת התובענה הייצוגית שעל הפרק [...]"

ראו גם עע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים, פסקה 18 (27.12.2010) (להלן: עניין אכדיה); עניין כהן, פסקה 30; עע"מ 6687/11 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פסקה 22 (25.12.2012) (להלן: עניין אבוטבול); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד 251 (2017).

תקופת 90 הימים הקבועה בסעיף 9(א) לחוק תכליתה לאפשר לרשות "לפשפש במעשיה" (עניין טיומקין, פסקה 24 לפסק דיני) ולתמרץ אותה לחדול בתוך פרק הזמן האמור מן הגבייה הבלתי חוקית שבעטיה הוגשה הבקשה לאישור. הייחודיות במנגנון החדילה הקבוע בסעיף 9 לחוק היא בכך שהוא שם את הדגש על הפסקת הגבייה הבעייתית בעתיד, תוך איון זכותם של חברי הקבוצה להשבת הסכומים אשר נטען כי נגבו מהם שלא כדין (ראו עניין טיומקין, פסקה 24; עניין אבוטבול, פסקה 30; עניין אסל, פסקה ל"ב לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; דברי חבר הכנסת רשף חן בדיון במליאת הכנסת בקריאה שניה-שלישית בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 (פרוטוקול ישיבה מס' 310 של הכנסת ה-16, 66 (1.3.2016)). זוהי, אם כן, הוראה מיטיבה מבחינת הרשות הנתמכת בשיקולים ציבוריים כמפורט לעיל.

41. מנגנון החדילה שבסעיף 9 לחוק יונק את הרציונאל שלו במידה מסוימת מן הכלל בדבר חובת מיצוי ההליכים כלפי רשות, והוא מפורש ומובנה בהוראות מפורטות שנקבעו באותו הסעיף המיועדות לאזן כראוי בין התכליות שאותן נועד החוק להגשים ובין האינטרס הציבורי הגלום בחובת הפנייה המוקדמת אל הרשות טרם נקיטת הליכים נגדה. אינני סבורה כי לצד מנגנון מפורט זה שמצא את מקומו בחוק תובענות ייצוגיות, יש להוסיף ולהטיל חובת פנייה מוקדמת אל הרשות, כקביעת חבריי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. הטלת חובה כזו יוצרת למעשה מנגנון כפול של פנייה מוקדמת שאין לו עיגון בחוק והיא מעוררת קשיים רבים שעל חלקם ניסו חבריי להתגבר בפתרונות יצירתיים, אשר דומה כי הם מותחים מעבר לנדרש את גבולות החקיקה השיפוטית.

אכן, האפשרות כי הגבייה הבלתי חוקית תמוגר בלא צורך בהליך משפטי נגד הרשות, יש בה תועלת (לעמדה לפיה ייתכנו מקרים שבהם הפנייה המוקדמת עלולה להאריך את משך תקופת הגבייה הבלתי חוקית, ראו מאמרם של חמי בן-נון וטל חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" עלי משפט יב 7, 26 (תשע"ו) (להלן: בן-נון וחבקין)). אולם, ככל שבהליך ייצוגי עסקינן ובייחוד ככל שעסקינן בתביעת השבה כספית, אני סבורה כי מן הראוי שסוגיית החדילה על כל היבטיה תתכנס אל ההסדר הסטטוטורי הכולל, כאמור, הוראות מפורטות באשר לסוגיית הגמול ושכר הטרחה במקרה של חדילה (סעיף 9(ג) לחוק); באשר לפיקוח שמקיים בית המשפט על ביצוע החדילה (סעיף 9(ב) לחוק) בטרם תישלל מחברי הקבוצה כולם זכות התביעה בגין עילה זו; ובאשר לתקופת ההתיישנות המקוצרת החלה במקרים שבהם לא ניתנה הודעת חדילה (סעיף 21 לחוק). הסדר זה מקיים הרמוניה חקיקתית עם יתר סעיפי החוק והם נותנים יחד מענה שלם לכלל ההיבטים הנובעים מן האפשרות המוקנית לרשות על פי החוק לחדול מן הגבייה הבלתי חוקית ולאייץ בכך את ההליך הייצוגי שננקט כלפיה. במילים אחרות – ההסדר החקיקתי הקבוע בחוק תובענות ייצוגיות ביחס לתובענות המוגשות נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השנייה, ובראשו מנגנון החדילה הקבוע בסעיף 9 לחוק, משמיע לנו לדעתנו הסדר שלילי ככל שהדבר נוגע לחובת פנייה מוקדמת אל הרשות בטרם יוגש נגדה הליך ייצוגי כאמור.

42. חיזוק ותימוכין למסקנה זו ניתן למצוא בקשיים הבלתי מבוטלים המתעוררים בעקבות הטלת חובת פנייה מוקדמת על התובע הייצוגי הפוטנציאלי בהליך נגד הרשות. המשנה לנשיאה היה מודע לקשיים אלה והוא אף ראה לציין כי "מבנהו הנוכחי של חוק תובענות ייצוגיות, ובפרט מערכת התמריצים הגלומה בהוראותיו, מקשה במידה לא מבוטלת על הטלת חובה מסוג זה" (פסקה ל"ג לפסק דינו). לטעמי, תובנה זו מושכת בבירור אל עבר המסקנה כי בפנינו הסדר שלילי ולא חֶסֶר חקיקתי המצריך השלמה. אך משקבעו חבריי את שקבעו אעמוד בקצרה על הקשיים המרכזיים המתעוררים לגישתי בעקבות קביעתם כי יש להטיל חובת פנייה מוקדמת אל הרשות כאמור.

אחת התכליות המרכזיות שאותן נועד מוסד התובענה הייצוגית להגשים היא היותו כלי המאפשר קיום הליך משפטי ומתן סעד לקבוצה שלמה של תובעים, באותם המקרים שבהם אין כדאיות כלכלית לתביעה אישית באותה עילה וזאת אף שחברי הקבוצה לא הסמיכו את התובע הייצוגי לפעול בשמם. במקרים רבים ניתן בדרך זו לקדם מטרות ציבוריות וחברתיות, להגביר את אכיפת הדין ולהרתיע מפני הפרתו בעתיד. מדובר, אפוא, בסוג של הפרטת האכיפה בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית

וברתימת התובעים הייצוגיים ובאי כוחם לנקוט בהליכים אלה, כמי שפועלים לאיתור העילות המצדיקות הליך ייצוגי וכמי שמגישים ומנהלים את ההליך. לא אחת עמדנו בפסיקה על העובדה כי על מנת לעודד גורמים פרטיים לשמש "מעין יזמים" נדרשים תמריצים כלכליים מתאימים אשר יצדיקו מבחינתם את המשאבים שהם נדרשים להשקיע וכן את הסיכון שהם נוטלים על עצמם בהגשת ההליך הייצוגי. זאת מתוך הכרה כי גורמים פרטיים כאלה אינם פועלים, בדרך כלל, מתוך אלטרואיזם אלא מתוך רצון להפיק רווח כלכלי מן היוזמה שנקטו. המחוקק הכיר בצורך לתמרץ את התובעים הייצוגיים הפוטנציאליים ואת באי כוחם ועל כן יצר במסגרת חוק תובענות ייצוגיות מערך מובנה של תמריצים כלכליים הנוגעים לתשלום גמול ושכר טרחה, במטרה לעודד הגשת תובענות כאלה ולקדם בכך את האינטרס הציבורי הגלום בהן (ראו דברי המשנה לנשיאה בפסקה כ"א לפסק הדין מושא הדיון הנוסף והפסיקה המאוזכרת שם. כן ראו עניין אכדיה, פסקה 20; ע"א 8114/14 מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נ' סנוול ישראל בע"מ, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת ע' ברון (5.8.2018); אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935, 938-939 (2016)).

43. משקבעו חבריי חובת פנייה מוקדמת אל הרשות במטרה לייתר את ההליך הייצוגי, צפה ועולה השאלה מה יהא על התמריץ הכלכלי המהווה, כאמור, מניע עיקרי לנקיטת היוזמה מצד התובע הפוטנציאלי ובא כוחו? ככל שהפנייה המוקדמת אינה מניבה תוצאה חיובית הקושי אינו מתעורר שכן הצעד הבא שינקטו גורמים אלה הוא הגשת ההליך הייצוגי. הקושי הגדול מתעורר דווקא במקרה שבו הפנייה המוקדמת עולה יפה ומניבה חדילה מן הגבייה או מן הפעילות הבלתי חוקית של הרשות. בצומת הזה העלו חבריי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, שלושה מסלולים שונים:

המשנה לנשיאה סבר כי במקרה כזה "יוכלו התובע המייצג ובא כוחו להגיש בקשה לבית המשפט לעניינים מינהליים, אשר יבחן האם בנסיבות הענין ראוי לפסוק גמול ושכר טרחה בעבור ההשקעה הכרוכה בכך ומשום שפנייתם המוקדמת הביאה לחדילת הרשות" (פסקה מ"ו לפסק דינו). חברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר סבר כי במסגרת הסדר החדילה טרם תביעה שבו יתקשרו הצדדים, ניתן יהיה לשלם לתובע הייצוגי ולבא כוחו החזר הוצאות שנגרמו להם (כנגד קבלות) וכן שכר מסוים. עוד סבר השופט ח' מלצר כי היה ויתגלעו חילוקי דעות בנושאים אלה יוכלו התובע הייצוגי הפוטנציאלי ובא כוחו להגיש תובענה על פי סעיף 5(ב) לחוק תובענות ייצוגיות בגין עמדתה השלילית של הרשות, וכי הסעד שיתבקש בה יהיה פיצוי כדי הסכומים המגיעים להם, בעילה של "ניהול מו"מ שלא בתום-לב עמם בהקשר לחדילה טרם תביעה" (פסקה 1(ג) לפסק דינו). עמדה שלישית הובעה על ידי השופט נ' הנדל אשר סבר כי כל עוד אין

החוק קובע הוראות מפורשות לעניין תשלום גמול ושכר טרחה המתייחסות למצב דברים זה, לא ניתן לשלם לתובע הפוטנציאלי ולבא כוחו גמול או שכר טרחה אף שהפנייה המוקדמת מצדם הניכה תוצאה חיובית.

היועץ המשפטי סבור אף הוא כי אין להטיל על הרשות חובה לשלם גמול ושכר טרחה לתובע מייצג ובא כוחו במקרה שבו היא נענתה לפנייה מוקדמת, בין היתר, מן הטעם שיש לעודד ולהכווין אזרחות טובה גם "לשם שמים", ומכיוון שהיקף המשאבים הנדרשים לשם עריכת פנייה מוקדמת הוא לרוב קטן משמעותית מהיקף המשאבים הנדרש לשם הגשת תובענה ייצוגית.

44. אכן, חוק תובענות ייצוגיות אינו קובע כל הסדר המאפשר תשלום גמול ושכר טרחה על ידי רשות או בכלל במקרים שבהם לא הוגש הליך ייצוגי. תביעה לתשלום גמול ושכר טרחה כאלה אף אינה כלולה ברשימה הסגורה של העילות שבגדרן ניתן להגיש תובענה ייצוגית נגד רשות (סעיף 3 לחוק והתוספת השנייה לחוק) או בכלל (התוספת השנייה לחוק). לגישתי, סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות אשר בו ביקש חברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר למצוא עוגן לתביעה כזו, אף הוא אינו מסייע בכך ואינו יכול להוות מקור נורמטיבי להגשת תביעה כזו. זאת הואיל ומדובר בסעיף המסדיר את הסמכות העניינית הנתונה לבית המשפט לעניינים מנהליים בבקשות לאישור נגד רשות על פי העילות הקבועות לכך בחוק – הא ותו לא. על כן, מקובלת עלי עמדת חברי השופט נ' הנדל כי בהיעדר הוראה מתאימה בחוק לא ניתן לקיים הליך המתמזה בסוגיית תשלום הגמול ושכר הטרחה המגיעים לתובע ייצוגי פוטנציאלי ולבא כוחו בשל פנייה מוקדמת שעלתה יפה וייתרה את ההליך הייצוגי. ואולם, הגישה לפיה יש לחייב פנייה מוקדמת כזו בלא הסדר סטטוטורי המאפשר את ביצוע התשלומים הללו, אינה מתיישבת לטעמי עם הרציונאלים שעמדו בבסיס התמריצים הכלכליים שקבע המחוקק על מנת להניע יוזמות לנקיטה בהליכים ייצוגיים, ועליהם עמדנו לעיל. מצב הדברים הוא, אפוא, כי מחד גיסא אין בחוק הוראות המסדירות תשלום גמול ושכר טרחה כאשר ההליך הייצוגי מתייטר, ובהיעדרן לא ניתן לנקוט הליך המתמזה בדרישה לתשלומים אלה. מאידך גיסא, יש קושי רב בהטלת חובת פנייה מוקדמת אל הרשות בלא שיש בצידה הסדר סטטוטורי לתשלום גמול ושכר טרחה כאשר ההליך הייצוגי מתייטר בגינה. על הקושי הטמון בכך עמד בית המשפט בהקשר אחר בע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, פסקה 24 (12.8.2012) בציינו כי "אין לצפות מאדם לפעול לשם קידום טובת הכלל מטעמים אלטרואיסטיים לחלוטין [...] לשם כך נדרש גמול כספי".

45. קושי נוסף ומשמעותי ביותר המתעורר בעקבות הטלת חובת הפנייה המוקדמת שנקבעה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, נוגע למצבים שבהם נקשר בין הפונה לרשות הסדר החדילה טרם תביעה ללא פיקוח של בית המשפט.

הליך התובענה הייצוגית הוא, כאמור, הליך ייחודי במובן זה שניתן בידי התובע המייצג ובידי בא כוחו הכוח לייצג קבוצה גדולה של תובעים בלתי מזוהים אשר להם עילת תביעה דומה. אחד האתגרים שעימו יש צורך להתמודד בהקשר זה הוא החשש להיווצרות מצב של ניגוד עניינים בין התובע הייצוגי והנתבע ובין חברי הקבוצה המיוצגת, בשל "בעיית הנציג". חשש זה עיקרו בכך שהתובע המייצג והנתבע יגיעו להסדר פשרה – המכריע בזכויותיהם של כלל חברי הקבוצה מבלי שהם נטלו חלק בעיצובו – אשר ייטיב עם התובע המייצג והנתבע על חשבון חברי הקבוצה המיוצגת (ע"א 7094/09 ברוזובסקי הובלות בע"מ נ' איתוראן איתור ושליטה בע"מ, פסקה 9 (14.12.2010); רע"א 1644/15 גור נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1998) בע"מ, פסקאות 8-9 (27.5.2015); רע"א 3832/17 לוי נ' פסגות קופות גמול ופנסיה בע"מ, פסקה 12 (4.7.2017); גולדשטיין, עמ' 20).

המחוקק היה ער לכך ולכן קבע בחוק תובענות ייצוגיות מנגנון מפורט, ברור ומקיף של פיקוח מטעם בית המשפט על הסדרי פשרה ואישורם. זאת על מנת למזער את ניגודי העניינים העשויים להתעורר בעת ההתקשרות בהסדרי פשרה כאמור. כך קובע סעיף 18 (א) לחוק כי לא ייעשה הסדר פשרה אלא באישור בית המשפט וסעיף 18 (ב) לחוק קובע כי בקשה לאישור הסדר פשרה תוגש לבית המשפט בצירוף תצהירים מטעם באי כוח הצדדים, אשר יגלו בהם את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה. כמו כן נקבעו בחוק הוראות בקשר לפרסום הודעה בדבר הסדר הפשרה והאפשרות של גורמים מסוימים, לרבות חברי הקבוצה והיועץ המשפטי לממשלה, להתנגד לו (סעיפים 18 (ג) ו-18 (ד) לחוק תובענות ייצוגיות). לבסוף, האפשרות לסיים בפשרה את ההליך הייצוגי מותנית באישורו של בית המשפט אשר נדרש להשתכנע, בין היתר, כי מדובר בהסדר פשרה "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה" (סעיף 19 (א) לחוק תובענות ייצוגיות). מנגנון פיקוח נוסף קיים בחוק לגבי המקרים שבהם הגישה רשות הודעת חדילה לפי סעיף 9 לחוק. במקרים אלה דחיית התובענה הייצוגית מותנית בכך שהוכח לבית המשפט כי הרשות אכן חדלה מן הגבייה וכן נקבעו בהקשר זה, כפי שכבר צוין לעיל, הסדרים בדבר פסיקת גמול ושכר טרחה למבקש ולבא כוחו על ידי בית המשפט. עוד קובע החוק הסדרי בדבר חובות פרסום על אודות הסדרי פשרה, הסתלקות וכל פסק דין הניתן בהליך ייצוגי (סעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות).

46. הפועל היוצא של הטלת חובת הפנייה המוקדמת שנקבעה בפסק הדין הוא בהכרח מתן גושפנקא להתקשרות בהסדרי חדילה או פשרה טרם תביעה עם רשות, וזאת מבלי שחלה על הסדרים כאלה הוראה כלשהי מהוראות הפיקוח, האישור והפרסום המפורטות מעלה. מצב דברים זה מעורר לטעמי קושי רב מפני שהוא מאפשר לצדדים להגיע להסדרים ככל העולה על רוחם, בניגוד לרציונאלים שבבסיס חוק תובענות ייצוגיות (ראו בן-נון וחבקין, עמ' 22-24). הנה כי כן, החששות מפני ניגוד עניינים ובעיית נציג מתעוררים גם בשלב של הפנייה המוקדמת ועל כן, ככל שיהיה מי שיסבור שיש להטיל חובת פנייה מוקדמת טרם הליך ייצוגי נגד רשות, יש צורך להתקין מנגנון פיקוח ממצה לבחינה ולאישור של הסדר החדילה טרם תביעה (ראו דניאל מ' דמביץ "התראה מוקדמת – המצוי והרצוי" עורך הדין, 110, 113 (2012)), אשר במסגרתו אף ייקבעו חובות גילוי (ראו בעניין זה עמדתם של בן-נון וחבקין, עמ' 24) והוראות בדבר פרסום לידיעת הציבור ולידיעת חברי הקבוצה המיוצגת הפוטנציאלית.

חברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר היה מודע לצורך בהסדרה כלשהי בהקשרים אלה, ולכן קבע בפסק דינו כי הסדר החדילה טרם תביעה, לרבות סכומי השכר שהובטחו במסגרתו, יפורסם ברבים על ידי הרשות כך שיענה על דרישת השקיפות ויאפשר פיקוח משפטי וציבורי עליו וימנע הגשת תובענות ייצוגיות חדשות באותה עילה. נשאלת השאלה האם בהיעדר הוראה בחוק ניתן להורות על ההסדרים המוצעים על ידי חברי (דוגמה להסדר חדילה כזה צורפה להשלמת הטיעון מטעם מי הגליל כמ' 2). מכל מקום, ספק בעיני אם יש בהסדרים המוצעים כדי לענות על הנדרש וכדי להתמודד עם בעיית הנציג ועם ניגודי העניינים העלולים להתעורר בהקשר זה.

47. בשולי הדברים, לא למותר לציין כי בשנת 2016 נעשה ניסיון להסדיר את הסוגייה בחוק (הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – פניה מוקדמת), התשע"ו-2016, פ/20/3026). אך נראה כי הצעה זו לא קודמה ואינה מצויה עוד על סדר היום. עוד ראוי לציין את שכבר הוזכר לעיל, כי בהודעה המעדכנת שהוגשה מטעמו במסגרת הדיון הנוסף, ציין היועץ המשפטי כי יש בכוונתו להקים צוות שידון בשאלה האם יש מקום לקביעת חובה לשלם שכר טרחה לפונה לרשות שפנייתו נענתה. היועץ הוסיף והדגיש עם זאת כי סוגיית ההסדרה הסטטוטורית של חובת הפנייה המוקדמת עצמה אינה על הפרק מבחינתו.

48. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל הגעתי אל המסקנות הבאות:

(א) התשלומים נושא ההליך דנן, הנוגעים לריבית על תעריפי המים והביוב, הם "מחיר" ולא "מס, אגרה או תשלום חובה אחר", ועל כן אינם באים בגדר פרט 11 לתוספת השנייה;

(ב) בפנינו הליך ייצוגי אשר העותר רשאי להגישו נגד מי הגליל על פי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, וזאת משום שבכל הנוגע לעילה נושא ההליך פועלת מי הגליל – שהיא רשות – בכובעה כעוסק;

(ג) מן המסקנה המפורטת בס"ק (ב) נגזרת התוצאה לפיה סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות אינו חל על המקרה ומשכך אין עומדת למי הגליל הזכות לאיין את ההליך הייצוגי על דרך של הודעת חדילה;

(ד) על מנת להעמיד הלכה על מכונה ואף שהדבר אינו נדרש לכאורה בהינתן המסקנות שאליהן הגעתי לעיל, אני סבורה כי חוק תובענות ייצוגיות קובע הסדר שלילי בכל הנוגע להטלת חובה כללית לפנייה מוקדמת טרם נקיטת הליך ייצוגי נגד רשות וכי סעיף 9 לחוק הוא ההסדר החלופי שראה המחוקק לקבוע בהקשר זה. בכך אין כדי לשלול את שיקול הדעת המסור לבית המשפט על פי הוראות החוק השונות לבחון ולהביא בחשבון בכל מקרה נתון על פי נסיבותיו את ההשלכות שיש לייחס להעדר הפניה המוקדמת.

(ה) בהינתן עמדתם המוסכמת של כל הצדדים שבפניי, אין מקום להחזיר את הדיון אל בית המשפט קמא על מנת שידון בבקשת האישור לגופה.

סכומו של דבר – אציע לחבריי לבטל את פסק הדין מושא הדיון הנוסף, להותיר בידי העותר ובא כוחו את הסכומים שנפסקו לזכותם על ידי בית המשפט המחוזי וכן אציע להורות כי כל צד יישא בהוצאותיו בהליך הדיון הנוסף.

ה נ ש י א ה

השופט נ' סולברג:

אני מסכים עם דברי חוות דעתה הממצה של חברתי הנשיאה א' חיות; עם דרך-הילוכה ועם מסקנתה.

בפסקה 6 לחוות דעתו, ציטט חברי, השופט נ' הנדל, דברים שאמרתי בבג"ץ 112/12 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל, פסקה 8 (24.5.2012), לגבי הנחיצות במיצוי הליכים, לפני ביקורת שיפוטית. זו אכן דעתי, ואני תומך בה... אלא שדברי שם אינם ישימים לסוגיה הנדונה לפנינו. בתחומים שבהם קיים הסדר חקיקתי ספציפי – וכזה הוא המצב בנוגע לתובענות ייצוגיות – אין מקום לייבא עקרונות כלליים ולהקים על סמכם חובה 'יש מאין'. כפי שהראתה חברתי הנשיאה, ניתוח מדוקדק של הוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, בשים לב להיסטוריה החקיקתית שקדמה לו, מלמד על כך שחובת הפניה המוקדמת נעדרת מהחוק בכוונת מכוון; בהסדר שלילי עסקינן, לא בחסר חקיקתי (לאקונה). במקום שרצה המחוקק להיטיב עם הרשות – פירש; במקומות אחרים – החריש. ניכר האיזון במלאכת החקיקה. אין מקום אפוא לקבוע חובת פניה מוקדמת עובר להגשת תובענה ייצוגית נגד רשות, בהסתמך על עקרונות מן המשפט המינהלי. אין הצדקה לשנות מן האיזון העדין שערך המחוקק.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה לפסק דינה המקיף והמשכנע של חברתי הנשיאה א' חיות ולמסקנותיה ביחס לשתי הסוגיות שנדונו בו. בהמשך לכך, אני מבקשת להוסיף דברים קצרים בכל הנוגע לשאלה של פנייה מוקדמת לרשות קודם להגשתה של תובענה ייצוגית אשר בה ביקשה חברתי, בצדק רב, להעמיד הלכה על מכונה.

2. הנימוקים השוקלים כנגד הכרה בחובת פנייה מוקדמת עובר להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשות הם אכן רבי פנים. חלקם נוגעים להיסטוריה החקיקתית; חלקם לקושי להוסיף לחוק מפורט, הכולל מערך של איזונים פנימיים, הסדר פסיקתי שעלול להפר איזונים אלה; וחלקם לחשש מפני פגיעה אנושה בתמריצים המעוגנים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק) ומיועדים לתמוך באפשרות שאלה אכן יוגשו במקרים המתאימים. כשלעצמי, אבקש לייחד מספר מלים נוספות לסוגיית התמריצים.

3. הכרה בהליך של תובענה ייצוגית מבלי שזו תהיה מלווה במערך תמריצים מתאים נדונה מראש לכישלון. תובענות ייצוגיות ראויות הן בדרך כלל כאלה שהכנתן כרוכה במאמץ ובמשאבים. ככל שהתובענה הפוטנציאלית רצינית יותר – ניתן לצפות שהכנתה תהיה כרוכה בהשקעה משמעותית יותר של משאבים. החובה לבצע הליך של פנייה מוקדמת לרשות צפויה אפוא לפגוע דווקא באותם תובעים ייצוגיים שיתמקדו בעבודת הכנה מעמיקה כדי להכשיר את הקרקע להגשת תובענה כזו. ממה נפשך – אם מדובר בפנייה מוקדמת שמבוססת על "רעיון" או "מחשבה" ללא השקעה של ממש, קיים סיכוי גבוה לכך שלא תהיה זו פנייה מוקדמת יעילה ותורמת במיוחד; אם לעומת זאת מדובר בפנייה מוקדמת שמבוססת על עבודת הכנה משמעותית הרי שקשה להניח כי יוזמי התובענה יהיו נכונים להשקיע את המשאבים הדרושים מבלי שדרכם לבית המשפט תהיה סלולה. הטיעון בדבר "אזרחות טובה" כתמריץ מספיק מעורר לשיטתי קושי. הנחת היסוד העומדת בבסיסו של חוק תובענות ייצוגיות היא שאזרחות טובה אינה מספקת. כמובן, יש לקוות ולשאוף להשקעה אלטרואיסטית מצד אזרחים בשיפור פעילותן של רשויות. אולם, אין סומכין על הנס.

4. זאת ועוד: כידוע, בשל מנגנון הגמול לתובע הייצוגי, עולם התובענות הייצוגיות מתאפיין ב"תחרות" מסוימת בין תובעים ייצוגיים המבקשים להביא לפתחם של בתי המשפט תובענות הראויות לבירור. זוהי אחת הסיבות לניהולו של פנקס התובענות הייצוגיות, שבו נרשמות בין היתר בקשות שהוגשו לאישור תובענות ייצוגיות (ראו: סעיף 6 לחוק תובענות ייצוגיות). זהו גם הטעם לכך שתובע ייצוגי מחויב, בטרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, לבדוק בפנקס אם רשומה בו כבר בקשה זהה או דומה בעיקרה לבקשה שאותה הוא מעוניין להגיש, ולהודיע על כך לבית המשפט (סעיף 5(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות). בהמשך לכך, לבית משפט הדן בבקשות לאישור תובענה ייצוגית העוסקות באותו נושא נתון שיקול דעת רחב להחליט אם לאחד בהן את הדיון או להורות על מחיקתה של אחת מהן (רע"א 6208/15 באייר ישראל בע"מ נ' טייטלר, פסקה 5 (26.11.2015)). תכליתו של הסדר זה כפולה – לאפשר

לציבור ולתובעים הייצוגיים הפוטנציאליים לכלכל את צעדיהם באופן יעיל ומושכל, וכן לתת מענה לבעיה הידועה של "פורום שופינג" (ראו: רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ, פסקאות כ"ג-כ"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (6.9.2017)). על רקע זה, אני סבורה כי הטלת חובה על התובעים הייצוגיים לפנות לרשות בפנייה מוקדמת בטרם יגישו את בקשת האישור עשויה לסכל את הסדר שמבקש פנקס התובענות הייצוגיות להשליט – ולייצר "כאוס" בכללי התחרות הפנימיים בין התובעים הייצוגיים ובמערך התמריצים להגשת בקשות האישור (ראו גם: בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 85 לפסק דיני (30.8.2015)). זאת, מאחר שפנייה כאמור איננה נרשמת כלל ולא חלים עליה כללי הפומביות.

5. חברתי הנשיאה הצביעה על הקושי הנעוץ באפשרות שפנייה מוקדמת לרשות תוביל להסדר פשרה שייעשה ללא פיקוח של בית משפט, וכי מכל מקום זהו עניין מרכזי שאינו מוסדר כעת בחוק. אני מצטרפת לדברים אלה, ומבקשת להוסיף כי סדרה נוספת של קשיים צפויה להתעורר במקרה שבו הרשות לא תקבל את עמדתו של הפונה אליה, אף שהיא סבורה כי יש בה טעם. זאת, לנוכח החשש ל"דליפת" מידע בכל הנוגע לרעיון של התובענה הייצוגית בתקופה שבה הפנייה נבחנת ברשות. אף זהו בסיס לחשש לפגיעה בתמריץ של התובע הייצוגי הפוטנציאלי.

6. למעשה, כפי שציננה חברתי הנשיאה וזהו בעיני העיקר, האפשרות המיוחדת המוקנית רק לרשויות לבצע "חדילה" מפעולת גבייה בלתי חוקית היא גילום סטוטורי של רעיון הפנייה המוקדמת, המותאם למנגנון הייחודי של תובענות ייצוגיות (ראו גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 251 (2017)). אין מקום להוסיף על כך מנגנון נוסף, מעין "פניה מוקדמת על גבי פנייה מוקדמת". די לנו בפנייה מוקדמת אחת – זו שעליה הורה המחוקק. אם כן, מטעמים אלה וכן מהטעמים הרבים הנוספים שפירטה חברתי הנשיאה בפסק דינה, אני מצטרפת כאמור לדעתה כי יש לבטל את פסק הדין מושא הדיון הנוסף.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

רקע

1. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (להלן: פסק הדין) הצטרפתי לחבריי, המשנים לנשיאה א' רובינשטיין (שפרש בינתיים) ו-ח' מלצר, בקביעה כי יש להפחית את הגמול ושכר הטרחה שפסק בית המשפט לעניינים מינהליים בחיפה (ת"מ 54114-07-12; השופט א' קיסרי) לזכות המבקש ובא כוחו, לפי סעיף 9(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. זאת, משום שבקשתם לאישור התובענה הייצוגית נגד משיב 1 (להלן: מי הגליל) – בטענה כי חרג מן הריבית שהוא רשאי לגבות במסגרת הסדרי תשלומים, לפי סעיף 32(ב) לכללי תאגידי מים וביוב (אמות מידה להוראות בעניין הרמה, הטיב והאיכות של השירותים שעל חברה לתת לצרכניה) תשע"א-2011 – הוגשה מבלי שקדמה לכך פנייה מוקדמת למי הגליל. לשיטתי, על אדם המתעתד להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המדינה ורשויותיה מוטלת חובה –

”להקדים פנייה לרשות מינהלית בטרם פתיחת הליך נגדה. כך בדין הפרטי, כך במשפט המינהלי וכך בשדה של תובענות ייצוגיות. כל מערכת דינים ונימוקה, קל וחומר כאשר מדובר במערכות מצטברות” (פסקה 1 לחוות דעתי).

נוכח הפונקציות השלטוניות-ציבוריות שממלאת מי הגליל, הרי שחובת מיצוי ההליכים חלה גם בעניינה – בהתאמות המתבקשות מאופיין הדואלי של התובענות הייצוגיות נגד רשות.

בד בבד, קבעתי – והפעם בניגוד לעמדת חבריי – כי “לשונו והקשרו” הנוכחיים של סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות סוגרים את שערי ההליך הייצוגי בפני מייצגים-בפוטנציה שפנייתם המוקדמת הניבה פרי, ואינם מאפשרים להם לתבוע מהרשות גמול ושכר טרחה (שס). משמע: פנייה כזו צופנת בחובה סיכון מנקודת מבטם של המבקש ובא כוחו, שכן אם הרשות תשתכנע בצדקתם ותפסיק את הגבייה הם לא יזכו בגמול כלשהו, והשקעתם בבירור הסוגיה תרד לטמיון. ציינתי כי הדבר מעורר קושי בפרספקטיבה של שיקולי צדק והגינות, שהרי –

”עורך-דין מתבקש לפנות תחילה לעירייה משיקולי הגינות ציבורית. האם הגינות ציבורית היא כביש חד-סטרי? האם כוחו של כלל זה לא מצדיק שעורך-דין אשר הצליח בפנייתו באמצעות תובע לא יזכה כלל לשכר טרחה? ויתכן שאף בגמול?” (שס, פסקה 2).

לפיכך – ובמידה פחותה, על מנת לצמצם את הפגיעה בתמריץ הכלכלי להגשת תובענות ייצוגיות נגד רשות – קראתי למחוקק לשקול לעגן בחקיקה מנגנון גמול לגורמים שפנייתם המוקדמת הובילה לחדילה מן הגבייה הבלתי חוקית. אף על פי כן, עמדתי על כך שדין רצוי לחוד ודין מצוי לחוד, וכי בכל מקרה אין בקושי שמעורר המצב הקיים כדי לשמוט את הקרקע מתחת לחובת הפנייה המוקדמת.

2. ביום 30.8.2017 הורתה הנשיאה מ' נאור על קיום דיון נוסף "בשאלת חובת הפנייה המקדימה שנקבעה בעניין תובענות ייצוגיות לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006" (להלן: פרט 11) – וציינה כי "נוכח הטענות שהועלו בנושא, ייתכן וההרכב שייקבע יחליט ששאלת הלכה זו אינה מתעוררת במקרה זה, ככל שיימצא שאין לסווג את התובענה כתובענה מנהלית לפי פרט 11 לתוספת השנייה". משמע, בפנינו עומדות, לכאורה, שתי סוגיות: האחת, עניינה בקביעה העקרונית בדבר חובת פנייה מוקדמת למדינה ורשויותיה עובר להגשת תובענה ייצוגית נגדן. השנייה, והנקודתית יותר, מתמקדת בשאלה האם עמדה למבקשים עילת תביעה נגד מי הגליל – חברה למתן שירותי מים וביוב, שהוקמה מכוח חוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001 (להלן: חוק תאגידי המים) – לפי פרט 11, ובהשלכות הפוטנציאליות של הסיווג על חובת הפנייה המוקדמת למי הגליל.

3. חברתי, הנשיאה א' חיות, פותחת את חוות דעתה בדיון הנוסף בקביעה כי מי הגליל, כמו יתר התאגידיים שהוקמו מכוח חוק תאגידי המים (להלן: תאגידי המים), מהווים "רשות", הואיל ומדובר בגופים סטטוטוריים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין. עם זאת, היא סבורה שלא היה מקום להגיש את התובענה הייצוגית נגד מי הגליל בתביעה לפי פרט 11, שעניינו "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר". לשיטתה, יש לפרש מונחים אלה בהתאם לפרשנות שניתנה למקביליהם בסעיף 1(ב) לחוק יסוד: משק המדינה – המעגן את הצורך באישור פרלמנטרי של שיעור "מסים, מילואות חובה, תשלומי חובה אחרים ואגרות המשתלמים לאוצר המדינה" – הואיל ולא הוצג "כל טעם מבורר המצדיק הבחנה" בין שתי הנורמות. ממילא, יפה לענייננו הכרעת הרכב מורחב של בית משפט זה, בדעת רוב, כי תעריפי המים והביוב – המבוססים על עקרון העלות הריאלית – מהווים "מחיר", ולכן אינם באים בגדר סעיף 1(ב) לחוק יסוד: משק המדינה (בג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, פסקה ס לחוות דעתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (13.11.2014)) (להלן: עניין רשות המים)). חברתי הדגישה כי "ההלכה שנקבעה בעניין רשות המים [...] איננה עומדת לדיון נוסף או לבחינה מחודשת במסגרת ההליך דנן", ומשכך "יש לפסוע גם במקרה דנן בתלם הפרשני שכבר נחרש

שם", ולקבוע כי תשלומי החובה שבהם עוסק פרט 11 אינם כוללים את תעריפי המים והביוב.

לעומת זאת, חברתי הנשיאה סבורה כי ניתן היה להגיש את התובענה הייצוגית נגד מי הגליל, לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, שעניינו "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו" (להלן: פרט 1). לדעתה, יישום המבחנים שאומצו בפסיקה מלמד כי "בגביית תעריפי מים וביוב" תאגידי המים פועלים בכובעם העסקי – להבדיל מן הכובע השלטוני – ומשכך הם באים בגדר "עוסק". התאגידים נועדו להגשים את מטרות חוק תאגידי המים, החותר "לניהול עסקי, מקצועי ויעיל" של משק המים והביוב (סעיף 1(א)(4) לחוק), מבקש לעודד את התחרות בתחום (סעיף 1(א)(6) לחוק), ושואף "לאפשר גיוס הון להשקעות", תוך שיתוף "משקיעים פרטיים בבעלות ובחלוקת הרווחים" (סעיף 1(א)(3) לחוק). צורת ההתאגדות של תאגידי המים – שניתן למכור לגורמים פרטיים; גביית מס ערך מוסף מצרכני המים; וקביעת התעריף על בסיס חישוב העלות הריאלית בשוק החופשי, מחזקים לדעתה את המסקנה שבין תאגידי המים לצרכן "מתקיימים יחסי עוסק-לקוח בכל הנוגע לגביית תשלומים בגין שירותי מים וביוב".

4. בנסיבות אלה, חברתי מציינת כי ניתן היה לסיים את הדיון מבלי להידרש לסוגיית קיומה של חובת פנייה מוקדמת בנוגע לתובענות ייצוגיות המוגשות לפי פרט 11. למרות זאת, "על מנת להעמיד הלכה על מכונה", ועל רקע עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה כל תובענה ייצוגית נגד רשות מחייבת פנייה מוקדמת – אף אם היא מופנית כלפי פעולותיה בכובעה האזרחי-מסחרי – נדרשה חברתי גם לסוגיה זו.

בחוות דעתה, מאמצת הנשיאה את עמדתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, וקובעת כי חוק תובענות ייצוגיות אינו מאפשר לפסוק גמול ושכר טרחה למבקש שפנייתו המוקדמת לרשות עלתה יפה. עם זאת – ובמידה מסוימת, דווקא בשל כך – חברתי דוחה את ההכרעה העקרונית שהתקבלה בפסק הדין פה אחד, ופוסקת כי חוק תובענות ייצוגיות "קובע הסדר שלילי" בנוגע לפנייה מוקדמת לרשות. לטעמה, ייתכנו אמנם השלכות נקודתיות להעדר פנייה כזו, ובית המשפט רשאי לבחון את הדברים בראי חובת תום הלב המעוגנת בסעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות. אולם, מכאן ועד הכרה בחובה כללית של מיצוי הליכים עובר להגשת בקשת האישור, ארוכה הדרך. אדרבה, הסדר החדילה שבסעיף 9 לחוק – המורה שאין לאשר תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, לפי פרט 11, אם זו חדלה מן הגבייה – "יונק את הרציונאל שלו במידה מסוימת מן הכלל בדבר חובת מיצוי ההליכים כלפי רשות", וממצה חובה זו.

יחד עם ההוראות הייחודיות הנוספות שנקבעו בחוק תובענות ייצוגיות בנוגע לתביעות נגד רשות, סעיף זה מבטא את האיזון שביקש המחוקק לערוך "בין עניינם של חברי הקבוצה ובין האינטרס הציבורי" – ושולל, לשיטת הנשיאה, הטלת חובות נוספות על התובע הייצוגי, לרבות חובת פנייה מוקדמת לרשות.

חיזוק למסקנתה מוצאת הנשיאה בקשיים שמעוררת ההכרעה בפסק הדין. בראש ובראשונה, היא סבורה כי הכרה בחובת פנייה מוקדמת תפגע בתכליות מוסד התובענה הייצוגית, המבקש לקדם את "הפרטת האכיפה בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית", באמצעות תמריצים כלכליים לגורמים פרטיים בעלי אינטרס. שעה שהחוק אינו מאפשר לפסוק גמול לזכות גורמים שפנייתם המוקדמת הניבה תוצאות – בהתאם לעמדתי בפסק הדין – חובת מיצוי ההליכים תפגע בתמריץ הכספי להגשת תובענה ייצוגית נגד רשות, ותפחית את האכיפה האזרחית המיוחלת. קושי נוסף שמעוררת, לשיטת הנשיאה, חובת הפנייה המוקדמת נובע מבעיית הנציג – קרי, ניגוד העניינים שעשוי להתעורר בין חברי הקבוצה שבשמה מתנהל ההליך לנציגיהם, בעת גיבוש הסדרי פשרה. על מנת להפחית את החשש מפני "הקרבת" טובת הקבוצה על מזבח אינטרס המבקש ובא כוחו, הכפיף המחוקק הסדרים אלה לפיקוח הדוק של בית המשפט, היועץ המשפטי לממשלה והציבור. דא עקא, "הפועל היוצא של הטלת חובת הפנייה המוקדמת [...] הוא בהכרח מתן גושפנקא להתקשרות בהסדרי חדילה או פשרה טרם תביעה עם רשות" – מבלי שנקבעו לגביהם בחקיקה מנגנוני פיקוח ובקרה כלשהם.

חברתי הנשיאה מסכמת, אפוא, כי העדר פנייה מוקדמת לרשות עשוי לעמוד למבקש לרועץ במקרים מסוימים – אלא שהמחוקק הבהיר כי לא מדובר בחובה גורפת. לצד זאת, היא קובעת כי התובענה נגד מי הגליל אינה באה בגדרי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, אלא בגדרי פרט 1 לה – כך שמסלול החדילה כלל לא היה רלוונטי בענייננו. אף על פי כן, "בהינתן עמדתם המוסכמת של כל הצדדים", אין טעם להחזיר את הדיון בעניין לערכאה הראשונה, ומשכך מציעה חברתי לבטל את פסק הדין מושא הדיון הנוסף, ולהותיר בידי המבקש ובא כוחו את סכומי הגמול ושכר הטרחה שפסק לזכותם בית המשפט קמא.

דיון והכרעה

5. שבתי ועיינתי בחוות דעתה של הנשיאה – אך, להשקפתי, אין בנימוקיה כדי לשלול את הכלל המחייב פנייה מוקדמת לרשות עובר להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה. אדרבה, עמדתי, כפי שתובהר להלן, היא כי כלל זה מעוגן היטב

בעקרונות היסוד של המשפט המינהלי; בהוראות קונקרטיות שבהן הבלית חוק תובענות ייצוגיות את הפן הציבורי-מינהלי של תובענות נגד רשות; ובתכליות הכלליות של מוסד התובענה הייצוגית.

חובת מיצוי ההליכים – הרגל המינהלית

6. אפתח ואומר כי שורשיה של "הפנייה המוקדמת" במערכת עילות הסף שפותחה במסגרת המשפט המינהלי – ומטילה, בין היתר, על העותר למצות את ההליכים לבחינת עמדתה של הרשות קודם עתירתו לבית המשפט" (בג"ץ 4894/96 פרבר נ' משטרת ישראל, פ"ד נ(4) 21, 26 (1996)). כמרבית עילות הסף הנוספות, חובת מיצוי ההליכים היא יצירת הפסיקה, ואיננה מעוגנת בחקיקה (שם; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג 1866 וה"ש 26 בעמ' 1874 (2014); להלן: הסמכות המינהלית). במקורה, היא קבעה כי מן הראוי להפעיל את סמכות בית המשפט הגבוה לצדק, המהווה "סמכות שבשיקול דעת", רק לאחר שהעותר מיצה את ההליכים מול הרשות – פרט למקרים חריגים שבהם, למשל, שיקולי דחיפות וצדק מחייבים התערבות שיפוטית מיידית (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 581 (2005)). עם זאת, מאוחר יותר, הוכרה חובת המיצוי גם ביחס להליכים המתנהלים בפני בתי המשפט לעניינים מינהליים, ואף זכתה לעיגון סטטוטורי מסוים בהקשר זה (ראו רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פסקה לג (19.1.2017); להלן: עניין גליק).

ביסוד חובה זו ניצבת שורת נימוקים – לרבות עקרונות הפרדת הרשויות והכיבוד ההדדי בין הרשויות. "דרך המלך היא לאפשר לרשות המינהלית לבקר את עצמה ולתקן את הטעון תיקון עוד טרם הפנייה לבית המשפט" – מה גם שהרשות תוכל לתת את הדעת על מכלול רכיבי ההחלטה, לרבות היבטים מקצועיים, המצויים, בדרך כלל, מחוץ לגבולות הביקורת השיפוטית (עע"ס 317/10 שפר נ' סקאל יניב, פסקה 13 (23.8.2012); הסמכות המינהלית, בעמ' 1875). חובת הפנייה המוקדמת לרשות משרתת גם מסר ערכי: הציפייה היא כי מערכת היחסים בין המדינה הדמוקרטית לאזרחיה "תהיה מושתתת על אמון בסיסי ושיתוף פעולה, ולא תתנהל בערוצים משפטיים", שיהוו רק מוצא אחרון (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי: משפט מינהלי דיוני כרך ד-347 (2017); להלן: משפט מינהלי דיוני). לבסוף, חובת מיצוי ההליכים מבטאת שיקולי יעילות. ניתן להניח כי דיאלוג מוקדם בין הרשות לפונה יפתור את המחלוקת – ולמצער, ימקד אותה – באופן שיחסוך במשאבי הצדדים ובזמן שיפוטי יקר (הסמכות המינהלית, בעמ' 1875-1874). אם לסכם במילותיו של חברי, השופט נ' סולברג:

”הסדר הטוב; היעילות; החסכון במשאבים; מיקוד המחלוקת וציוני-דרך לפתרונה; הפעלת שיקול דעת מקצועי; הפריית השיח שבין האזרח לבין הרשות; כיבוד הדדי בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת; כל אלה מחייבים מיצוי הליכים תחילה, וביקורת שיפוטית אחר כך” (בג”ץ 112/12 אדס טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ’ ממשלת ישראל, פסקה 8 (24.5.2012)).

7. עם הזמן, יצאה חובת מיצוי ההליכים את גבולות הזירה הקלאסית – תקיפה ישירה של החלטות הרשות לפני הערכאות המינהליות – והתרחבה להליכים דואליים, המשלבים היבטים מינהליים ואזרחיים. כך, למשל, סעיף 5(3) לחוק בית המשפט לעניינים מינהליים, יחד עם פרט 1 לתוספת השלישית לחוק, קובעים כי ערכאה זו תדון בתובענה לפיצויים שעילתה במכרז. אולם, אף שאין לכך עיגון בחוק, הלכה היא כי הנפגע יוכל לצעוד במסלול הפיצויים – שהוגדר כסעד משלים – רק אם הקדים ותקף את הליכי המכרז בעתירה מינהלית, או שהראה כי מסלול האכיפה נחסם בפניו מטעמים שאינם קשורים בו (עע”ם 7401/14 קסם מילניום בע”מ נ’ רשות שדות התעופה, פסקאות 15 ו-27-21 לחוות דעתו של השופט ע’ פוגלמן (9.9.2015); להלן: עניין קסם מילניום). ביסוד הדברים ניצבת, בין היתר, התפיסה לפיה:

”מקום שבו הפרה הרשות את אחד הכללים החלים עליה, האינטרס הציבורי בהגנה על שלטון החוק משמיע כי יש לתקן את הפגם שנפל בהתנהלותה, ככל שהדבר אפשרי. על כן, חיוב הנפגע להגיש עתירה לאכיפת הזכייה – שמשמעותה המעשית היא תיקון הפגם שנפל בפעולת הרשות, מקדם את ההגנה על שלטון החוק ועל עקרון חוקיות המינהל [...] ודוקו: גם תביעת הפיצויים בשל פגם שנפל בפעולת הרשות מקדמת את ההגנה על האינטרס הציבורי [...] ברם, התועלת שבעתירה מינהלית עולה על התועלת שבתביעת הפיצויים בהיבט זה, שכן במסגרת העתירה ניתן לרפא את הפגם הקונקרטי שנפל בפעולת הרשות ב’זמן אמת’, וזאת מעבר להמרצת הרשות לנהוג כדין במבט צופה פני עתיד, המושגת הן בתביעת פיצויים הן בעתירה מינהלית”.

הנה כי כן, הליך התובענה המינהלית – המבקש לפצות את קורבן אי החוקיות, ולהעמידו במקום בו היה אלמלא ניהלה הרשות את המכרז שלא כדין – כפוף למיצוי הערוץ המינהלי: רק לאחר שהתובע יתקוף את החלטת הרשות בעתירה מינהלית, בתום מיצוי מוקדם של ההליכים מולה, יהיה בידיו לתבוע ממנה פיצוי כספי. לא למותר לציין כי ההכרעה לגבי סדר התקיפה נומקה גם בשיקולי יעילות, שכן העתירה המינהלית – אליה יש לצרף כמשיבים את כלל הנפגעים הפוטנציאליים – מאפשרת

לברר את התמונה המלאה, בניגוד לתובענה מינהלית המתנהלת בהתאם לסדר הדין האזרחי (תקנה 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000; להלן: תקנות סדרי הדין), ומתמקדת ביחסי התובע הקונקרטי והרשות (עניין קסם מילניום, פסקה 20).

8. ביטוי נוסף לחובת מיצוי ההליכים מחוץ לגבולות ההליך המינהלי ה"טהור" ניתן בעניין גליק – שם נאמר כי אם הרשות מתמידה בהתנהלותה הפסולה, על הניזוק למצות את הערוץ המינהלי עובר להגשת תביעה אזרחית-נזיקית נגדה בעילות שמקורן במשפט המינהלי. על פי השקפת המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, פרשנות זו לחובת הקטנת הנזק שבה נושא הניזוק, נובעת –

"מן הטעם הערכי, של תועלת הציבור ושיפור המינהל הציבורי. הדרישה לפנייה לרשות היא בסיסית: ראשית, השמירה על עקרון שלטון החוק. שנית, החשש פן 'מכור' הניזוק את זכויותיו בתמורה לפיצויים כספיים מן הרשות [...] אם לא נטיל על הניזוק לפנות תחילה לרשות לבקש כי תתקן את הדרוש תיקון, יוכל לכאורה לבחור בדיעבד לקבל פיצויים בגין סגירת העסק; במצב דברים זה 'נהנה' פלוני ממחדליה של הרשות (והרי אינו צריך לעבוד כלל, שכן הכסף בעבור העבודה שלכאורה נשללה ממנו ישולם לו בדיעבד על-ידי הרשות), והפיצויים מושגים על הציבור; וכן לא נרפא – בהכרח – הפגם בפעולתה של הרשות, מה שחשוב לא פחות במישור הערכי-ציבורי" (עניין גליק, פסקה לג).

עמדה זו – כמוה כהכרעה בעניין קסם מילניום – מבהירה כי אינטרס שלטון החוק מבכר תיקון מיידי של פגמים שנפלו בפעולות הרשות, על פני כינון הרתעה עתידית באמצעות פסיקת פיצויים בגין אותם פגמים. זאת ועוד, היא מכירה ברלוונטיות של השיקולים העומדים ביסוד חובת מיצוי ההליכים גם בהקשר של תביעות אזרחיות נגד המדינה ורשויותיה:

"חלוקת הסמכויות התקינה – והבריאה – בין הרשויות, כחלק מהחשיבות שבשמירה על שלטון החוק והעקרונות הדמוקרטיים, מצריכים שהפרט הסבור כי הרשות פגעה בו שלא כדין, יפנה ראשית אל הרשות, בהקדם, ויעניק לה הזדמנות לתקן דרכיה. רק לאחר מכן יפנה אל הערכאה המשפטית המתאימה, בין אם בבקשה לצו עשה או צו מניעה – ככלל, לבג"צ או לבית המשפט לעניינים מנהליים – או בבקשה לפצותו על נזקים שהסבה לו בעבר, וייתכן שעודה מסבה לו – לערכאה האזרחית המתאימה" (עניין גליק, פסקה לג).

ודוקו, ההיקף הנדרש של מיצוי ההליכים בנסיבות אלה שנוי במחלוקת: בעוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין סבור שדי בפנייה מקדימה לרשות (פסקאות לג-לד ו-מד לחוות דעתו), השופט י' עמית גורס כי לא ניתן להגיש תביעת פיצויים שעילתה בהפרת המשפט המינהלי אלא "כסעד משלים, כאשר נוצר 'מעשה עשוי' והתגבש נזק שאינו ניתן עוד לתיקון באמצעות דרך המלך של ציווי" (פסקה 12). ברם, שתי הגישות מצביעות על הכרה בתכלית חובת מיצוי ההליכים גם בתובענות המתנהלות נגד הרשויות בערכאות האזרחיות – כל עוד מקורן בהפרת הדין המינהלי.

על מנת לבחון את תחולתה של חובה זו בעולם התובענות הייצוגיות נגד רשות, אעמוד תחילה על אופיו, תכליותיו והסדריו הרלוונטיים של מוסד זה.

תובענות ייצוגיות נגד רשות – סקירה כללית

9. בפתח הדברים אזכיר כי –

"התובענה הייצוגית, שהיא כלי דיוני חשוב ומשמעותי, לא נתכוננה – מעיקרה – כזכות מהותית וכעילת תביעה. תובענה ייצוגית, עם כל חשיבותה – וחשיבות רבה נודעת לה – אין היא אלא כלי דיוני לאיחודן של תביעות רבות תחת קורת-גג אחת' [...] התובענה הייצוגית אינה זכות מהותית במשפט, אלא, כאמור, היא בעיקרה כלי דיוני" (בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פסקה 3 (29.8.2011) (להלן: עניין כהן); ראו גם ע"א 7115/14 סירוגה-ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקה 23 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות (3.7.2017) (להלן: עניין סירוגה-ברניר)).

משמע – חוק תובענות ייצוגיות אינו מקנה למבקש, לבא כוחו, או לחברי הקבוצה שבשמה מתנהל ההליך זכויות ועילות תביעה החורגות מן הדין המהותי. מדובר במנגנון שנועד לאגד תביעות אישיות שהגשתן אינה כדאית – אם משום שהנזק שנגרם לכל נפגע אינו משמעותי, ואם משום שמדובר בתביעות מורכבות הכרוכות בעלויות רבות – לכדי תביעה אפקטיבית ורחבת היקף. זאת, על מנת לקדם תכליות חשובות שבראשן:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות" (סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות; ראו גם עניין כהן, פסקה 3).

רשימה פתוחה זו מלמדת כי המחוקק ייחס חשיבות הן לאינטרס האישי של הנפגעים בקבלת "סעד הולם", והן לאינטרסים ציבוריים רחבים יותר – ובראשם, הפסקת הפרת החוק, ויצירת הרתעה אפקטיבית כלפי מפרים שפעלו עד כה בחסות חוסר הכדאיות של הגשת תביעות אישיות נגדם. חוק תובענות ייצוגיות אינו מסדיר מפורשות את ההיררכיה בין התכליות שמנה המחוקק, אך נראה כי לתכלית האכיפה וההרתעה מעמד מיוחד. כך עולה, בין היתר, מן האפשרות לפסוק סעד לטובת הציבור במצבים שבהם מתן סעד הולם לחברי הקבוצה הנפגעת אינו מעשי (סעיף 20(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות), ומן ההוראות הייחודיות המצמצמות את היקף ההשבה בתביעות נגד רשות, אליהן אדרש להלן (ראו והשוו, אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 71 (2017); להלן: פלינט ו-ויניצקי).

המנגנון שנבחר על מנת להגשים תכליות אלה, מייצג "הפרטה של אכיפת החוק במישור האזרחי והגברת הפיקוח האזרחי על גופים כלכליים גדולים" (ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי שמש, פסקה 9 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (7.6.2007)). הוא רותם נפגעים יחידים, בעניינים קטנים, לעגלת הפיקוח, ומעניק להם – ולבא הכוח המייצג – תמריץ כלכלי להגשת התובענה הייצוגית. זאת, באמצעות פסיקת גמול ושכר טרחה במקרים שבהם התובענה מוכרעת לטובת הקבוצה, לרבות במסגרת הסדר פשרה (סעיפים 19(ו) ו-22-23 לחוק), או הודעת חדילה של רשות (סעיף 9(ג) לחוק). אם להשתמש במילותיו של ח"כ רשף חן במהלך הדיון בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, "התגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לעורך-הדין הם הדלק שיניע או יחניק את התביעות האלה" (פרוטוקול ישיבה מס' 310 של הכנסת ה-16 (1.3.2006) https://fs.knesset.gov.il/16/Plenum/16_ptm_128871.doc). אכן, בעצם מיסודו של ההליך הייצוגי אין די, שהרי ללא גורם מאגד, הקבוצה שבשמה ניתן לנהל את ההליך תישאר מפוצלת ליחידים שהפתיחה בהליך השיפוטי אינה כדאית עבורם. כדי לצקת תוכן ממשי במוסד התובענה הייצוגית, יצר, אפוא, המחוקק מנגנון תגמול שנועד לעודד את הגורם המאגד ליטול על כתפיו את משא הייצוג, ולמנוע מהמפר – לעיתים רשות שלטונית – להנציח את ההפרה בחסות העלות הגבוהה של הליך השיפוטי מתקן. כך נוצר הקשר בין הקבוצה המאוגדת לגורם המאגד.

יצוין כי הכניסה בשערי התובענה הייצוגית מותנית בעמידתם של המבקש, והתובענה עצמה, בתנאים המפורטים בסעיפים 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות. כך, למשל, התובענה תאושר רק אם היא מעוררת שאלות משותפות של עובדה ומשפט, שיש אפשרות סבירה שיוכרעו לטובת הקבוצה – ובכפוף לכך שהליך הייצוגי הוא

“הדרך היעילה וההוגנת” להכרעה במחלוקת. כמו כן, על בית המשפט להשתכנע כי “קיים יסוד סביר להניח” שהתובע ובא הכוח המייצגים ייצגו וינהלו את עניינם של כלל חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב (לדיון בהיקפן של דרישות אלה – שעל הרלוונטיות שלהן לענייננו ארחיב להלן – ראו רע”א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע”מ נ’ ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע”מ, פסקאות כז-מ (6.9.2017) (להלן: עניין שלמה תחבורה)).

10. כפי שציינה חברתי, הנשיאה א’ חיות, חוק תובענות ייצוגיות מבטא פשרה בין האסכולות הנוגדות באשר לתחולתו על המדינה ורשויותיה. מחד גיטא, נקבע כי “חוק זה יחול על המדינה” (סעיף 29 לחוק תובענות ייצוגיות), בהתאם לעקרון השוויון – אך, מאידך גיטא, ניתנו לרשויות הגנות ייחודיות המגבילות את הפגיעה הפוטנציאלית בתקציבן ובתפקודן (ראו גם עניין כהן, פסקאות 35-37).

המשמעות היא כי אין מניעה להגיש תובענה ייצוגיות נגד המדינה, כאשר מתקיימות לגביה עילות התביעה או מערכות היחסים שבגינן ניתן לפתוח בהליך ייצוגי, “כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית” (סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות). בנוסחה הנוכחי, התוספת השנייה מאפשרת לפעול נגד הרשות אם התובענה נגדה באה בגדרי עילות כלליות דוגמת “תביעה נגד עוסק” (לפי פרט 1), או “תביעה בעילה של הפליה בעבודה” (פרט 8(1)), או כשמתקיימת לגביה העילה הייעודית המעוגנת בפרט 11, קרי –

“תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה, או תשלום חובה אחר, וכן תביעה נגד רשות מקרקעי ישראל להשבת סכומים שגבתה שלא כדין אף אם אינם בגדר תשלום חובה”.

במאמר מוסגר, אעיר כי תוכנה של התוספת השנייה גמיש ונתון לשינויים. המחוקק עיגן בה “רף מינימום” של עילות ומערכות יחסים שיש בהן כדי לפתוח את שערי ההליך הייצוגי, אך הסמיך את מחוקק המשנה “להוסיף על התוספת השניה” – לאחר התייעצות עם שר האוצר, ובאישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (סעיף 30(2) לחוק). לפיכך, אי-אזכורן של עילות אחרות בנוסח המקורי של התוספת השנייה אינו מעיד, ודאי לא באופן סופי, על הכרעה עקרונית של המחוקק בדבר חוסר התאמתן להליך הייצוגי – אלא רק על בחירתו בתהליך הרחבה הדרגתי של גבולות המוסד, תוך הפקדת שיקול דעת בידי מחוקק המשנה.

11. כך או כך, לצד החלת חוק תובענות ייצוגיות על המדינה בעילות הרלוונטיות, נקבעו בו, כאמור, הסדרים ייחודיים לגביה – והוא מעניק הגנות משתנות לגופים ציבוריים שונים, תוך הבחנה בין עילות התביעה שביסוד ההליך.

”משפחה” ראשונה של הסדרים כאלה מתמקדת ב”רשות” – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, דהיינו ”רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין”. סעיף 3(א) לחוק מקנה לרשויות אלה חסינות מפני תובענה ייצוגית ”לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה ביחס לאותו צד שלישי”. יתר ההגנות מתמקדות בתובענות המוגשות לפי פרט 11, שעסק במקורו בהשבת סכומים שנגבו שלא כדין ”כמס, אגרה או תשלום חובה אחר” – והוחל במסגרת צו תובענות ייצוגיות (תיקון התוספת השנייה לחוק), התשע”ח-2018, גם על כל תביעה להשבת סכום שנגבה שלא כדין על ידי רשות מקרקעי ישראל. סעיף 9 לחוק מאפשר לגופים שהוזכרו לעיל לחדול מן הגבייה הבלתי חוקית שביסוד ההליך, ובכך למנוע את אישור התובענה הייצוגית (סעיף קטן ב); במקרה כזה, יוכל בית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה לזכות המבקש ובא כוחו (סעיף קטן ג). סעיף 21 מוסיף כי גם אם הרשויות דבקו בגבייה הבלתי חוקית, כך שהתובענה הייצוגית נגדן אושרה לבסוף, לא ניתן לחייב אותן בהשבה ”לגבי תקופה העולה על 24 החודשים שקדמו למועד שבו הוגשה הבקשה לאישור” (יצוין כי דיון נוסף בפרשנות שניתנה להסדר זה בעע”ם 7741/15 מנידב נ’ רשות המיסים (22.10.2017) – ועל פיה, תקופת ההשבה מוגבלת ל-24 חודשים ותו לא – תלוי ועומד בפני בית משפט זה [דנ”ם 8626/17]).

”משפחה” נוספת של הגנות ייעודיות, מסמיכה את בית המשפט ”להתחשב” בהשלכות שיהיו להחלטותיו על הרשויות ועל הציבור. על פי סעיף 8(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות –

”הוגשה בקשה לאישור נגד המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13, רשאי בית המשפט להתחשב בכך בכואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית”.

סעיף 20(ד)(1) לחוק ממשוך בקו זה, ומסמיך את בית המשפט להתחשב בהשלכות הציבוריות בשלב פסיקת הפיצויים בתובענה ייצוגית שהוכרעה לטובת הקבוצה –

”הכריע בית המשפט לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, בתובענה ייצוגית, כולה או חלקה, שהוגשה נגד המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין, רשאי הוא, בבואו להחליט בדבר שיעור הפיצויים ואופן תשלום הפיצויים, להתחשב גם בנזק העלול להיגרם, בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור” (ההדגשה אינה במקור).

יוער כי הוראה דומה אינה נחוצה לגבי תביעות השבה, הואיל ו”הגנת התקציב” מעוגנת בהקשר זה בדין המהותי; ראו דנ”א 7398/09 עיריית ירושלים נ’ שירותי בריאות כללית, פסקאות 46-54 לחוות דעתו של הנשיא א’ גרוניס (14.4.2015) (להלן: עניין עיריית ירושלים).

ההגנות המשתייכות למשפחה השנייה רחבות יותר במישור של עילות התביעה, והן יפות ביחס לכל תובענה ייצוגית נגד רשות. עם זאת – ואולי, דווקא משום כך (אם כי, פלינט ו-ויניצקי מציינים, בעמ’ 565, כי מדובר בהגנות שמשמעותן המעשית מוטלת בספק) – הן ניתנות לקבוצה מצומצמת יותר: המדינה ורשויותיה, רשות מקומית, “או תאגיד שהוקם על פי דין”. כלומר, גוף שאינו נמנה על רשויות המדינה יבוא בגדר משפחת ההגנות הראשונה אם הוא “ממלא תפקיד ציבורי על פי דין” – דהיינו “שהמוטל עליו יבוא מן הדין ולא על דרך הסכס”. לעומת זאת, ההגנות הנוספות יינתנו לו רק אם הוקם על פי דין, שכן “הדרישה היסודית היא כי גוף זה יהא יציר החוק ושסמכויותיו גם הן יינתנו לו בחוק” (עע”ם 6101/13 ימית א. בטחון (1998) בע”מ נ’ הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פסקה ח (23.2.2014)).

על אף ההבדלים האמורים, ניתן לומר כי תכליתן של כל ההגנות הייעודיות למדינה ורשויותיה דומה. הן נועדו למנוע “פגיעה בתקציבן של הרשויות כתוצאה מחיובן בפיצויים או בהשבה בהיקפים גדולים”, באופן שיערער את הוודאות התקציבית, ויכרסם בשירותים הניתנים לציבור הרחב (עניין סירוגה-ברניר, פסקה 25; לניתוח “הגנת התקציב” בראי הדין המהותי, ראו עניין עיריית ירושלים, פסקאות 46-54 לחוות דעתו של הנשיא א’ גרוניס). שיקולי תקציב אלה מחדדים את ההיררכיה בין

תכליותיו השונות של מוסד התובענה הייצוגית – ומלמדים כי המחוקק התמקד בקידום האינטרס הציבורי באכיפת החוק כלפי הרשויות, ופחות בהגשמת האינטרס האישי של חברי הקבוצה בקבלת סעד הולם. לנוכח הדומיננטיות של "שיטת האחוזים" בפסיקת גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ובא כוחו (ראו, למשל, רע"א 2652/13 אפריקה ישראל השקעות בע"מ נ' אסולין, פסקה 5 (13.1.2015)), ראוי להוסיף כי ההגנות שניתנו למדינה עשויות להפחית את התמריץ הכלכלי להגשת התובענה הייצוגית – הנגזר מן הסכום בו תחוב הרשות – על כל ההשלכות האפשריות המשתמעות מכך.

12. לצד ההגנות האמורות, חוק תובענות ייצוגיות משרטט מסלול דיוני ייחודי ביחס לתובענות ייצוגיות נגד רשות, וקובע כי:

"בקשה לאישור נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר, תוגש לבית משפט לעניינים מינהליים; בסעיף קטן זה, 'החלטה של רשות' – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים" (סעיף 5(ב)(2) לחוק; ההדגשות אינן במקור. ראו גם סעיף 5(3) ופרט 2 לתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים).

אמנם, תביעות אישיות להשבה מוגשות לערכאות האזרחיות, גם כשמקורן בהפרות של המשפט המינהלי (ראו, למשל, עניין עיריית ירושלים, פסקה 28 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (14.4.2015), ועניין גליק, פסקה 32 לחוות דעתו של השופט י' עמית). ברם, כאשר מדובר בתובענות ייצוגיות המבוססות על עילות מינהליות, המחוקק הפקיד את הסמכות העניינית בידי בתי המשפט לעניינים מינהליים – הגם שהדיון בתובענות עתיד להתקיים לפי סדר הדין האזרחי (תקנה 29 לתקנות סדרי הדין). על פי השקפתי, החריגה מכללי הסמכות הרגילים מעידה כי המחוקק ראה בתובענה ייצוגית שעניינה החלטת הרשות "במילוי תפקיד ציבורי על פי דין" (סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים), הליך מינהלי במהותו – להבדיל מאוסף של תביעות אזרחיות אישיות. זאת, בין אם מדובר בתביעת השבה נגד רשות לפי פרט 11, ובין אם מדובר בתביעת פיצויים בעילה שונה. אכן, בעע"ם 7752/12 אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל (2.11.2014), קבעו הנשיא א' גרוניס (פסקאות 3-5) והמשנה לנשיאה א' רובינשטיין כי סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות עוסק רק בתביעות השבה נגד רשות לפי פרט 11 (ראו גם פסקאות כח-כט לפסק הדין מושא הדיון הנוסף). קביעה זו משקפת את תוכנה הקיים של התוספת השנייה. ברם, שאלה יפה היא איזו ערכאה תדון בתביעות השבה אחרות נגד רשות בכובעה השלטוני, אם וכאשר התוספת השנייה תורחב, בהתאם לסמכות שר

המשפטים לפי סעיף 30(2) לחוק, ותכלול עילות השבה נוספות. על פני הדברים, נראה כי סעיף 5(ב)(2) רחב דיו, לשונית ותכליתית, כדי לחבוק גם תובענות כאלה, ולהקנות את הסמכות לגביהן לבית המשפט לעניינים מינהליים. ממילא, יהיה בכך כדי לחזק את חובת הפנייה המוקדמת גם בעניינן, כמקובל במשפט המינהלי.

בנסיבות אלה, מקובלת עלי ההשוואה שערך המשנה לנשיאה בין התובענה המינהלית הייצוגית ובין "תובענה לפיצויים שעניינה במכרז", המצויה אף היא בסמכותו העניינית של בית המשפט לעניינים מינהליים (לפי סעיף 5(3) ופרט 1 לתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים). כמו ביחס לאחרונה, כך גם לגבי הראשונה ניתן לומר כי "לא בכדי לכאורה הונחה התובענה המינהלית על ידי המחוקק בפני שופטים שהתמחותם וחשיבתם מעוגנות בדין המינהלי", אלא כדי לצבוע את ההליך בצבעי המשפט המינהלי, ולתת בו מקום לדוקטרינות שאובות ממנו – לרבות שימוש מותאם בעילות הסף (עע"ם 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון, פ"ד נט(6) 241, 248 (2005)).

הנה כי כן, חוק תובענות ייצוגיות מבחין בין תובענות כלפי גורמים פרטיים לתובענות המוגשות כלפי רשות, מבליט את האינטרס הציבורי באכיפת החוק ביחס לאחרונות – וממקם את ההליך הייצוגי בתובענה לפי פרט 11 במגרשם המשותף של המשפט האזרחי והמינהלי.

יישום: חובת הפנייה המוקדמת בתובענות ייצוגיות מינהליות

13. על רקע תמונה נורמטיבית זו, אינני מצטרף לעמדת חברתי, הנשיאה א' חיות, הגורסת כי "ההסדר החקיקתי הקבוע בחוק תובענות ייצוגיות ביחס לתובענות המוגשות נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השנייה, ובראשו מנגנון החדילה הקבוע בסעיף 9 לחוק, משמיע לנו [...] הסדר שלילי ככל שהדבר נוגע לחובת פנייה מוקדמת אל הרשות".

לשיטתי, התכליות הבסיסיות הניצבות ביסוד חובת מיצוי ההליכים – שכזכור, פותחה בפסיקה ואינה מעוגנת בדבר חקיקה כלשהו – רלוונטיות בתובענה מינהלית ייצוגית כשם שהן רלוונטיות בתובענה מינהלית לפיצויים שעילתה במכרז, או בהליך אזרחי ששורשיו בעילות מן המשפט המינהלי. עקרונות הפרדת הרשויות והכיבוד ההדדי בין הרשויות מצדדים בפנייה מוקדמת לרשות המבצעת גם כשמדובר בתובענה

ייצוגית מינהלית – ותוצאה דומה מתחייבת מן התפיסה הראויה לגבי מערכת היחסים שבין המדינה הדמוקרטית לאזרחיה: שיח ושיתוף פעולה, חלף עימות בערכאות. נראה כי שיקולי היעילות תומכים אף הם בביצוע פנייה מוקדמת לרשות עובר להגשת הודעת האישור, שכן צעד כזה עשוי לשים קץ מהיר יותר להפרת החוק – ולמצער, למקד ולהבהיר את המחלוקת בין הצדדים, ולחסוך במשאבים ובזמן שיפוטי יקר.

מעבר לניתוח התכליתי של חובת מיצוי ההליכים, נדמה כי הפקדת הסמכות העניינית לדון בתובענות ייצוגיות שעילתן החלטה של הרשות בידי הערכאות המינהליות יוצרת מעין הסדר חקיקתי "חיובי" בעניין. צעד זה של המחוקק מבליט ומדגיש את הפן המינהלי של התובענות הייצוגיות המינהליות, וניתן, אפוא, לראות בו משום הכרה בתחולתן המותאמת של עילות הסף המקובלות במשפט המינהלי – לרבות חובת מיצוי ההליכים (ראו והשוו ע"א 4291/17 אלפרח נ' עיריית חיפה (6.3.2019) (להלן: עניין אלפרח)), בנוגע לתנאים לביצוע תקיפה עקיפה במסגרת הליכים ייצוגיים – ולקישור בין סוגיה זו לדרישת הפנייה המוקדמת [פסקה 28 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז, וחוות הדעת של השופט ע' גרוסקופף].

14. על פי השקפתי, גם בהנחה שמנגנון החדילה המעוגן בסעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות "יונק את הרציונאל שלו במידה מסוימת מן הכלל בדבר חובת מיצוי ההליכים כלפי רשות", כלשון חברתי הנשיאה, אין בו כדי לייתר את הפנייה המוקדמת. מנגנון זה מאפשר לרשות לפעול לאחד שהמבקש ובא כוחו פנו לערכאות המינהליות בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה, ומכאן שאינו מהווה תחליף למיצוי הליכים, המבוסס על שאיפה להוצאת יחסי המדינה ואזרחיה מן הערוץ השיפוטי. לשם הדיוק, יצוין שגם חדילה שאינה קשורה לפתיחת ההליך, ואף קדמה לו, תוביל לסילוק התובענה (רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פסקה 28 (26.4.2010)).

זאת ועוד: כאשר הצדדים מנהלים שיח עובר להגשת כתבי הטענות המשרטטים את גבולות ההליך, יש בכך כדי למקד, להבהיר ולצמצם את המחלוקת – וכפועל יוצא, לייעל את ההליך השיפוטי, ולחסוך במשאבים. אולם, האפשרות לחדול מן הגבייה לאחר שהתובענה הייצוגית כבר הוגשה, וגבולות המחלוקת הותוו, אינה מגשימה תכלית זו. אכן, הודעת חדילה תייתר את ההליך, אך הפנייה המוקדמת עודנה נחוצה על מנת למקד ולצמצם את המחלוקת, ולאפשר בירורים מקדמיים, במקרים הרבים שבהם המדינה תעמוד על שלה, ותבקש להגן על חוקיות הגבייה. לא למותר לציין, כי הודעות חדילה מוגשות בפחות ממחצית התובענות הרלוונטיות, וכי חלק לא מבוטל מהן נדחה – כך שבפועל, פחות מ-40% מן התובענות המוגשות לפי פרט 11, ו-6.2% בלבד מכלל

התובענות הייצוגיות, מסתיימות בהודעת חדילה (קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" משפטים מה 709, 741 (2016); להלן: פרספקטיבה אמפירית). מעבר לכך, סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות מציב על שולחן הרשות הכרעה בינארית – לחדול או לא לחדול, זו השאלה – ואינו מאפשר לה לתת את הדעת על פתרונות יצירתיים ועל בירורים מועילים שעשויים היו לייתר את ההליך בעקבות פנייה מוקדמת.

מטעמים אלה, הסדר החדילה אינו מייתר את הצורך בבחינה כוללת ומקיפה של הסוגיה על ידי הרשות עובר לגלגול המחלוקת למגרשה של הרשות השופטת, ואין כל סיבה להניח שהוא מתיימר לעשות זאת. תכליתו היא להגן על הרשות מפני חרב התקציב המתהפכת, באמצעות מתן הזדמנות נוספת להעריך את הסיכון הכרוך בהמשך הגבייה, לאחר שהמבקש הגיש את כתבי טענותיו וחשף את מלוא קלפיו – ותו לא.

נדמה כי אם סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות רלוונטי לענייננו, הרי שהוא מוביל דווקא לתוצאה הפוכה: הסדר החדילה מבליט את המאפיינים הציבוריים של תובענות המוגשות לפי פרט 11; הוא מבוסס, כאמור, על ההכרה בייחודיות של המדינה ורשויותיה, ומבליט בעניינן את תכלית אכיפת החוק והפסקת הגבייה הבלתי חוקית (פלינט וויניצקי, בעמ' 71-72; פרספקטיבה אמפירית, בעמ' 734). פנייה מוקדמת, שעשויה להביא להפסקה מהירה יותר של הפרת החוק, עולה, אפוא, בקנה אחד עם תכלית זו (ראו פסקאות כה, לח ו-מא-מב לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בפסק הדין).

הנה כי כן, מיצוי ההליכים מול הרשות עובר להגשת תובענה ייצוגית נגדה משרת את עקרונות היסוד של המשפט המינהלי – ומתבקש מן ההוראות הקונקרטיות שבהן הדגיש המחוקק את ההיבט המינהלי של התובענה הייצוגית המינהלית. לצד זאת, הוא מגשים גם את תכליותיו הקונקרטיות של חוק תובענות ייצוגיות – קרי, אכיפת החוק והפסקתה המהירה של הפרה.

15. לפיכך, יש לבחון האם יש בתכליות הייחודיות של חוק תובענות ייצוגיות כדי לשלול את חובת הפנייה המוקדמת, למרות שורשיה העמוקים במשפט המינהלי – ועל אף היתרונות שעליהם עמדת.

מטבע הדברים, מקובלת עלי קביעת הנשיאה – התואמת את חוות דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף – כי "בהיעדר הוראה מתאימה בחוק לא ניתן לקיים הליך

המתמחה בסוגיית תשלום הגמול ושכר הטרחה" של מייצגים שפנייתם המוקדמת הניבה פרי, "וייתרה את ההליך הייצוגי". אכן, באותה חוות דעת הצבעתי על הבעייתיות שמצב זה מעורר בראי שיקולי צדק, הגינות ציבורית ויעילות, וצינתי כי מן הראוי שהמחוקק ייתן את דעתו על האפשרות להסדיר את סוגיית הגמול לאדם שפנייתו המוקדמת הניבה פרי (פסקה 3). עם זאת, כפי שהערתי בקצרה בפסק הדין, אינני סבור שיש לייחס משמעות רבה לטענות בדבר הפגיעה בתמריץ הכלכלי של מבקשים ובאי כוחם כתוצאה מהכרה בחובת פנייה מוקדמת, שכן –

"ניתן להשיב כי לא כצעקתה. נושא התמריץ מורכב יותר. העוסקים במלאכה ממילא פועלים על פי שיטת ה'אחוזים', תרתי משמע: גם באופן התנהלותם לעניין הגשת תביעות וגם לגבי אופן חישוב שכר הטרחה" (פסקה 2).

הליך גיבוש התובענה הייצוגית, לרבות עיתוי הגשתה, כרוך בסיכונים שונים מנקודת מבטם של המבקש ובא כוחו. בין היתר, התחרות הפוטנציאלית בין מייצגים חושפת אותם לסיכון כפול: אם ישתהו בהגשת בקשת האישור, אחרים עלולים להקדים אותם, ולהוריד לטמיון את השקעתם בהכנת הבקשה. מנגד, הגשה חפוזה של כתבי טענות שאינם פורשים תשתית עובדתית ונורמטיבית ראויה עלולה להביא להעדפת בקשת אישור מאוחרת, אך מוצקה יותר – כך שגם אם השאלות שבמחלוקת יוכרעו לבסוף לטובת הקבוצה, המבקש הראשון ובא כוחו לא יזכו לגמול כלשהו (סעיף 7(ב) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו חמי בן-נון וטל חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית? עלי משפט יב 7, 15-17 (2016), והשוו ע"א 3293/17 רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' טלמור, פסקאות 5-6 (12.9.2018)). יתר על כן, לא ניתן להתעלם מהסיכון המובנה שהתובענה הייצוגית לא תוכרע לטובת הקבוצה, כך שהמייצגים לא יזכו לתמורה עבור מאמציהם, ואף יידרשו לשאת בהוצאות הנתבעים – גם אם בשיעור מתון (רע"א 4381/17 תועלת לציבור נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 6 (2.10.2017)); לתיאור שונה של הפרקטיקה ראו דניאל מ' דמביץ "התראה מוקדמת – המצוי והרצוי" עורך הדין 110, 111-112 (2012)). מן הנתונים שהציגו המלומדים וינשל-מרגל וקלמנט עולה כי למעלה מ-60% מהתובענות הייצוגיות מסתיימות בהסתלקות של המייצגים, או נזנחות על ידם (פרספקטיבה אמפירית, בעמ' 738). סיכון זה מתעצם, כמובן, נוכח המרוץ להגשת בקשת האישור, גם במחיר פגיעה באיכותה.

נמצא כי ההשקעה בגיבוש תובענה ייצוגית אינה מבטיחה למבקש ובא כוחו דבר מלבד סיכוי לקבלת תמורה הולמת, אם יעלה בידם לצלוח את המכשולים השונים ולהביא את התובענה לסיום מוצלח (לרבות בדרך של הודעת חדילה או הסדר פשרה).

אמת, יש היגיון מסוים בטענה כי חובת הפנייה המוקדמת תכרסם בכדאיות הטיפול בתובענות שהמייצגים מעריכים כי הפנייה המוקדמת בעניינן תעלה יפה. ברם, לא זו בלבד שהטענה אינה נשענת על תשתית אמפירית כלשהי, אלא שברור שאין בה כדי לשלול לחלוטין את התמריץ הכלכלי לקידום ההליכים. כאמור לעיל (פסקה 14), מן הנתונים עולה כי מרבית התובענות הייצוגיות נגד רשות אינן מסתיימות בהודעות חדילה, מה שמעיד כי בחלק ניכר מן המקרים – ולא דווקא באלה שסיכוייהם נמוכים (פרספקטיבה אמפירית, ה"ש 96) – המדינה בוחרת להגן על עמדתה, ולמצות את ההליך הייצוגי.

כדי להבין את הדבר, אציין כי ניתן להצביע על שתי קטגוריות של תובענות ייצוגיות נגד רשות: הראשונה, עניינה בטעות גלויה של הרשות – והאחרת, מעוררת שאלות מורכבות יותר של פרשנות ושיקול דעת. הסוג הראשון בשל יותר לסיום מוקדם של ההליך, ומוטב לעשות זאת באמצעות פנייה מוקדמת לרשות – תוך חיסכון בעלויות הכרוכות בהגשת בקשת האישור ובניהול ההליך, הגנה על תקציב המדינה, וקידום שיח ישיר בין המדינה לאזרחיה. ככל שהטעות בולטת יותר, אף יש סיכוי גבוה יותר שממילא תוגש בקשה לאישור תובענה ייצוגית על ידי גורם זה או אחר. הסוג השני של הבקשות, דינמי יותר. הרשות עשויה לעמוד על שלה גם אם קיימת פרשנות אחרת, והפיתוי של חדילה או סיום בשלב המקדמי לא יגבר על תחושתה שהיא פועלת על פי הדין, ולמשל מקבלת הכנסות שאין סיבה לוותר עליהן. סוג זה של הליך נוטה פחות להסתיים בשלב המקדמי או בהודעת חדילה, אך הפנייה המוקדמת עודנה משרתת תכליות רלוונטיות, כולל הגדרת המחלוקת וצמצומה, והאפשרות להגיע למסקנות שונות. אין לומר, אפוא, כי המייצגים נדרשים לזנוח את התקווה לגמול הולם. אדרבה, קיים סיכוי לא מבוטל שפנייתם תידחה, כך שיהיה בידם להגיש את בקשת האישור וליהנות מפירות השקעתם במקרה שההליך יסתיים בהודעת חדילה, הסדר פשרה או בהכרעה לטובת הקבוצה. שעה שלפנינו שינוי מסוים ביחסי הסיכון-סיכוי, ולא אובדן הסיכוי, אין לצפות שטובת הכלל – המגולמת במוסד הפנייה המוקדמת – תוקרב על מזבח מקסום טובתו האישית של "שליח הציבור".

כפי שהערתי בחוות דעתי בפסק הדין, העוסקים במלאכה "פועלים על פי שיטת האחוזים" גם לגבי הגשת התביעה וגם לגבי שכר הטרחה. משמע, מדובר בשכר טרחה המותנה בתוצאת ההליך (Contingency fee). הסדר מעין זה נשלל בזירות מסוימות של המשפט (במשפט הפלילי; ראו סעיף 84(א) לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961), אך מקובל בזירות אחרות (ראו, למשל, סעיף 16(א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975). מודל זה הוכר גם בהקשר של התובענות הייצוגיות

עצמן, שהרי, הגמול ושכר הטרחה מותנים בהכרעה לטובת הקבוצה שבשמה נוהל ההליך – ולא זו בלבד, אלא שהם נגזרים מן הסכום הכללי שנפסק לזכות הקבוצה (לעיל, פסקה 11). הוי אומר, כי הראייה של הפרקליט המתמחה בהגשת תובענות ייצוגיות – ולמעשה, הוא, ולא המבקש הנקודתי, "היזם העיקרי" של הליכים אלה (ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, פסקה 19 (12.8.2012) – גלובלית. בכל הליך יש סיכון, ובצידו סיכוי לשכר טרחה מכובד. במוכן זה, שיטת האחוזים מתייחסת לאחוז ממספר התיקים המצליחים בהיבט של שכר הטרחה. התרשמותי היא כי לא אלמן ישראל וכי על רקע הרווח הפוטנציאלי הרב – המעוגן בהסדריו המפורטים של חוק תובענות ייצוגיות בנוגע לגמול ושכר הטרחה – התמריץ ליזמי ההליכים העיקריים, קרי עורכי הדין העוסקים בתחום, לא ייפגע באופן משמעותי. בכל מקרה, לא הוצגו נתונים אמפיריים היכולים להעיד כי הפגיעה המסוימת בפוטנציאל הרווח אכן תשנה באופן מהותי את כללי המשחק ותחתור תחת תכליות חוק תובענות ייצוגיות. דברים אלה נכונים גם ביחס לשיקול אי הוודאות הנובע מהעדר רישום פומבי של פניות מוקדמות לרשות, עליו הצביעה חברתי, השופטת ד' ברק-אדל, שהצטרפה לעמדת הנשיאה בהליך דנן.

עוד אזכיר, כי פסק הדין של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בגלגולו הקודם של הליך זה "ריכך" את חובת הפנייה המוקדמת לרשות, והתאים אותה לעולם התובענות הייצוגיות. כך, למשל, ציין המשנה לנשיאה כי פנייה כזו אינה נדרשת אם היא כרוכה בעלויות גבוהות, או שקיים חשש שהרשות תנצל אותה לרעה (פסקה מד בפסק הדין); כי העדר פנייה יוביל, בדרך כלל, להפחתת הגמול ושכר הטרחה – ולא לסילוק התובענה על הסף (שס); כי אין חובה לפרט בשלב זה את מלוא הטענות (שס), בפסקה לא); וכי הרשות תידרש להשיב לפנייה בתוך סד זמנים נוקשה, המצמצם את החשש מהופעת מייצגים "מתחרים" (שס, ובפסקה מו). סייגים אלה משפיעים על מערך התמריצים שניצב בפני המבקש ובא כוחו, ומצמצמים עוד יותר את הפגיעה בו. מבלי לצלול לפרטי פרטיו של כל סייג, ולבחון את נכונותו, עיצובו והיקפו, די באמור כדי להפחית עוד יותר את משקל הטענה הספקולטיבית בדבר פגיעת הפנייה המוקדמת בתכליות חוק תובענות ייצוגיות.

לנוכח האמור, אין בקושי שהמצב הקיים מעורר בפרספקטיבה של חובות הצדק וההגינות של הרשות השלטונית כדי לערער אחר חובת הפנייה המוקדמת. פתרונה של בעיה נקודתית זו רובץ לפתחי הרשויות המוסמכות – ויפה נהג היועץ המשפטי לממשלה כאשר הודיע, בעקבות הדיון בתיק, כי החליט להקים צוות שיבחן לעומקה את סוגיית הגמול במקרים של פנייה מוקדמת מוצלחת.

16. קושי נוסף שעליו הצביעה חברתי הנשיאה "נוגע למצבים שבהם נקשר בין הפונה לרשות הסדר החדילה טרם תביעה ללא פיקוח של בית המשפט". לשיטתה, הכרה בחובת הפנייה המוקדמת כוללת, מיניה וביה, "מתן גושפנקא להתקשרות בהסדרי חדילה או פשרה טרם תביעה עם רשות" – אלא שבהעדר מנגנוני פיקוח מתאימים, קיים חשש שהצדדים יעשו בהסדרים אלה "ככל העולה על רוחם", תוך העדפת אינטרס המייצגים על פני טובת הקבוצה.

סבורני כי גם בקושי זה אין כדי להטות את הכף. יש לזכור כי –

"ההנחה כי נציגי התביעה נוהגים בהגינות במילוי החובה המוטלת עליהם בחוק, היא אבן יסוד של מערכת המשפט. היא מהווה ביטוי לכלל רחב יותר, החל על כל המינהל הציבורי, הוא הכלל בדבר חזקת החוקיות, שלפיו חזקה היא שרשות מינהלית פעלה כחוק. זוהי חזקה המבוססת על הניסיון המצטבר ועל צורכי המעשה. אי אפשר בלעדיה" (בש"פ 2602/96 זינגר (בן צבי) נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 231, 237 (1996)).

חזקת התקינות המינהלית "מבטאת את התפיסה שהרשות המינהלית היא גוף הפועל מתוך מחויבות לאתוס של קידום האינטרס הציבורי ולסטנדרטים מקצועיים" (משפט מינהלי דיוני, בעמ' 26). כמובן, חזקה זו עוסקת בפעולות העבר של הרשות, ואין בה כדי להסיר את החשש שהרשות תתפתה לפעול בעתיד שלא כדין – מה גם שמדובר בחזקה הניתנת לסתירה (שס, בעמ' 28-29 ו-35-38; לביקורת על מעמד החזקה, ראו יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המנהלי" ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 741 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013)). אף על פי כן, שעה שמדובר בחזקה המבוססת גם "על הניסיון המצטבר" – ולא רק על אילוצי המציאות – יש בה כדי להקהות את עוקצו של החשש מפני ריקחת קנוניות בין הרשויות לפונה המוקדם, תוך פגיעה בטובת הקבוצה.

אזכיר כי אין לרשות תמריץ להגיע להבנות שתכליתן הפחתת סכום ההשבה בתובענות לפי פרט 11 – שהרי בידיה לחדול מן הגבייה, למנוע את אישור התובענה הייצוגית ולשלול כליל את סעד ההשבה הקבוצתית. החשש היחיד שמתעורר הוא, אפוא, כי הרשות תבקש להתמיד בגבייה למרות אי חוקיותה, ותנצל את הפנייה המוקדמת לצורך הסרת החרב המשפטית המתנופפת מעליה – אם באמצעות שלילת עילת התביעה האישית של המבקש (ראו סעיפים 4(א)(1) ו-8(ג)(2) לחוק תובענות

ייצוגיות), ואם באמצעות הסדר שיגרום לו להימנע מהגשת בקשת האישור. ברם, החשש מפני מעורבות של המדינה בקנוניה שתכליתה "לקנות זמן", ולהתמיד בגבייה בלתי חוקית עד להופעת מבקש מייצג חלופי – שהרי קנוניה כזו לא תיצור מעשה בית דין, ולא תכבול את יתר חברי הקבוצה – אינו מהותי, ובוודאי שאין בו כדי לטשטש את יתרונות הפנייה המוקדמת. מסקנה זו מתבקשת גם מחובת ההגינות המוטלת על הרשות (ראו להלן, פסקה 20). גם בהיבט המעשי, סביר מאד כי התנהלות כזו של המדינה לא תישאר סמויה מהעין לאורך זמן, וכי ההשלכות החמורות שעלולות להתלוות לחשיפתה ירתיעו את הרשות מפעולה מניפולטיבית, המצויה, במקרה הטוב, במרחב האפור.

סיכום ביניים

17. מן הטעמים שפורטו לעיל, עמדתי היא כי אופיין של התובענות הייצוגיות המינהליות – המכילות, על פי נוסחה הנוכחי של התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, תביעות השבה לפי פרט 11 – מחייב ביצוע פנייה מוקדמת לרשות עובר להגשתן. חובה זו נובעת מעקרונות היסוד של המשפט המינהלי, אשר קיבלו ביטוי קונקרטי בהסדרי חוק תובענות ייצוגיות, כמו גם מתכליות מוסד התובענה הייצוגית עצמו, ויתרונותיה עולות על חסרונותיה. במאמר מוסגר, אזכיר כי למוסד התובענה הייצוגית חשיבות פחותה ביחס לפעולות שמבצעת המדינה בכובעה השלטוני, שהרי לציבור עומדת בהקשר זה חלופה יעילה וזולה יחסית, בדמות תקיפה ישירה של אותן פעולות (ראו פלינט ו-וינצקי, 209-210, עניין אלפריח, ואסף הראל גופים ונושאי משרה דו-מהותיים 248-250 (מהדורה שנייה, 2019) (להלן: גופים דו-מהותיים)). אף בכך יש כדי להשפיע על האיזונים הראויים.

הנה כי כן, לטעמי אין לראות בסעיף 9 לחוק הסדר שלילי בעניין הפנייה המוקדמת. חובה זו יונקת, כאמור, מעילות הסף שפותחו בפסיקה בהקשר של המשפט המינהלי, ואין להניח שהסדר החדילה ביקש לשנות נורמה כללית וחיזונית זו. אדרבה, בהפקידו את הסמכות העניינית בידי בית המשפט לעניינים מינהליים, עיגן המחוקק באופן חיובי את הפן המינהלי של התובענות הייצוגיות נגד רשות בכובעה השלטוני – ובכך ניתן לראות אסמכתא ממשית גם לחובת מיצוי ההליכים בתובענות אלה. אף נדמה כי הסדר החדילה, על תנאיו ופרטיו, הינו חידוש עם תכליות משלו. ברם, לא נראה, להבנתי, כי סעיף זה, באופן טבעי או אינטואיטיבי, נועד לשלול את מנגנון הפנייה המוקדמת שמושרש היטב במשפט המינהלי.

“הפרשנות שלפיה הסדר נורמטיבי מהווה הסדר שלילי תאומץ במקרים שבהם מסיק בית המשפט כי שתיקתו של המחוקק הייתה מכוונת ותכליתה לשלול את העניינים שאליהם נמנע מלהתייחס [...] זו היא ‘שתיקה מדעת’ [...] במילים אחרות, הסדר נורמטיבי יפורש כהסדר שלילי מקום שפרשנות זו מגשימה את תכליתו של ההסדר, קרי את רצון המחוקק ואת כוונתו” (דנ”א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ’ דמארי, פסקה 22 לחוות דעתה של הנשיאה מ’ נאור (12.9.2017)).

לשיטתי, אין כל סיבה להניח ששתיקת המחוקק ביחס לחובה הכללית של מיצוי ההליכים – שכזכור, פותחה בפסיקה ומעולם לא עוגנה בחקיקה – נועדה להוציא את התובענות הייצוגיות מגדרי חובה זו. יודגש שוב כי לא זו בלבד שהתכליות הכלליות של מיצוי ההליכים רלוונטיות גם בענייננו, אלא שהן משתלבות באופי המינהלי המובהק שיצק המחוקק בתובענות המינהליות הייצוגיות – ובתכליתן המרכזית: הפסקה מהירה של הפרת החוק בידי הרשות.

חובת הפנייה המוקדמת בתובענות ייצוגיות אחרות נגד רשות

18. עד כה, התמקדתי בניתוח סוגיית הפנייה המוקדמת בראי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי – וההוראות הרלוונטיות ה”מייבאות” אותם, בדרך זו או אחרת, לחוק תובענות ייצוגיות. כעת, ארחיב את יריעת הדיון, ואבחן האם יש בתכליותיו הייחודיות של החוק כדי להחיל את חובת הפנייה המוקדמת על כל תובענה ייצוגית נגד רשות – ולא רק על תובענות ייצוגיות מינהליות, הבאות בגדרי סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

הנחת המוצא היא כי המחוקק בחר להימנע מעיגון מפורש של חובת מיצוי הליכים גורפת עובר להגשת תובענה ייצוגית – והעדיף להותיר את הנושא לבירור נקודתי של בית המשפט, במסגרת בחינת תום הלב של המבקש (ראו פסקה 38 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה, בה היא מפנה לפרוטוקול ועדת המשנה של ועדת חוק, חוקה ומשפט, שעסקה בחוק תובענות ייצוגיות). יתר על כן, “לנוכח תכליותיה של התובענה הייצוגית קשה גם לקבל כי פנייה של התובע הייצוגי להשבת כספו-שלו תהווה תנאי בלעדיו אין לאישור התובענה” (ע”א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע”מ נ’ בנק הפועלים בע”מ, פסקה 9 (11.12.2008)). אף על פי כן, סבורני שיש לאמץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, ולהחיל את חובת הפנייה המוקדמת ביחס לכל

תובענה ייצוגית נגד רשות – ללא תלות בעילה הקונקרטית שביסוד ההליך – בכפוף לחריגים שהוזכרו ביחס לתובענות ייצוגיות מינהליות.

בראש ובראשונה, יוזכר כי בעולם המשפטי קיים נוהג של משלוח "מכתב התראה" עובר להגשת תביעה אזרחית – למשל, בעילה נזיקית, או חוזית – על מנת לאפשר לנתבע הפוטנציאלי לפתור את הסכסוך מבלי להידרש להליך שיפוטי. פרקטיקה זו משקפת הן את ההבנה כי מדובר בצעד יעיל והגון, המשרת את הלקוח, והן את עקרון תום הלב, העשוי לחייב, במקרים מסוימים, פנייה מוקדמת לצד שכנגד. לשיקול האחרון משמעות מיוחדת, ישירה ולא כללית, בעולם התובענות הייצוגיות, שכן, בניגוד לתביעה רגילה, מדובר בכלי דיוני ייחודי ובלתי מובן מאליו, שהשימוש בו מותנה בעמידה מלאה בכללים שקבע המחוקק. על כללים אלה, נמנים סעיפים 8(א)(3) ו-4 לחוק תובענות ייצוגיות, המורים כי בית המשפט יאשר תובענה ייצוגית רק אם "קיים יסוד סביר להניח" שהמבקש הייצוגי ובא כוחו ייצגו וינהלו את עניינם של חברי הקבוצה בתום לב ובדרך הולמת (סעיפים 8(א)(3) ו-4 לחוק). נוכח האפקטיביות של פרקטיקה הפנייה המוקדמת – עליה מעיד, כאמור, הנוהג הכללי – הימנעות ממנה מנוגדת, ככלל, לחובת תום הלב והייצוג ההולם של אלה המתיימרים לדבר בשם הקבוצה הנפגעת. הדברים נכונים ביתר שאת כאשר הנתבעת היא הרשות הציבורית, שכן שיקולים של מדיניות ציבורית, והכרה בממד המיוחד של הרשות או המדינה כצד להליך, מעצימים את חשיבות ויעילות הפנייה המוקדמת עובר להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדן.

19. הדרישה לפנייה מוקדמת בתובענה ייצוגית נגד רשות, ללא תלות לעילת התביעה, נשענת על שתי רגליים. האחת – תום הלב, והשנייה – חובת ייצוג בדרך הולמת. כאמור, חובות אלה מוזכרות בצורה ישירה בחוק תובענות ייצוגיות. אלה אינן רק בגדר המלצות או עצות טובות, אך גם כלים לבחון האם בא כוח המבקש לאשר תובענה ייצוגית, והמבקש עצמו, מתאימים לתפקידם. דרישה כזו אינה מפתיעה, שכן בידי המבקש להגיש תביעה באופן אישי, אך כאשר הוא ובא כוחו שואפים לדבר בשם הקבוצה כולה, עליהם להוכיח כי הם הצוות המתאים לכך. נכון הוא כי יש חפיפה מסוימת בין חובת תום הלב וחובת הייצוג בדרך הולמת, אך יש בכך רק להעצים את חשיבות העניין.

לנושא תום הלב ניתן ביטוי קונקרטי בהוראות חוק תובענות ייצוגיות, המתמקדות במערכת היחסים שבין המייצגים לקבוצה שבשמה הם מתיימרים לפעול, וקובעות כי על המבקש ובא הכוח לייצג ולנהל את עניינם של חברי הקבוצה בתום לב

ובדרך הולמת (סעיפים 8(א)(3) ו-4(4) לחוק). ברקע חובת תום הלב, המופנית גם כלפי בית המשפט הדין בהליך, ואפשר שאף כלפי הנתבע (עניין שלמה תחבורה, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; ראו גם פסקאות כט-לא ו-מב לחוות דעת המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ופסקה מב לחוות דעתו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף), ניצבת התהייה:

"האם האינטרס האישי של עורך הדין בניהול התובענה עולה בקנה אחד עם עניינם של כלל חברי הקבוצה [...] עיקר החשש הוא מפני ניצול ההליך הייצוגי (על 'בעיות הנציג' הטבועות בו באופן אינהרנטי) לצורך הפקת רווח אישי, של הנציג, על חשבונם של חברי הקבוצה" (ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדט 1987) בע"מ, פסקה 92 (4.9.2014); להלן: עניין פרינר).

נוכח קונפליקט מובנה זה, הטיל המחוקק סנקציות משמעותיות על מייצגים המפרים את חובת תום הלב. סעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי במקרים החריגים שבהם לא ניתן לרפא את הפגם שנפל בייצוג בדרך אחרת, יש לדחות את התובענה – שכן קיום "יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב" מהווה תנאי הכרחי לאישורה. עם זאת, חוסר תום לב קיצוני פחות ניתן לתקן באמצעים אחרים, בהתאם למידת החומרה, החשיבות הציבורית בבירור ההליך ושיקולים נוספים: על פי סעיף 8(ג)(1) לחוק, בית המשפט רשאי לאשר תובענה שהתקיימו בה יתר תנאי הסף – כך שהאינטרס הציבורי תומך בבירור לגופה – אם הוא סבור שניתן יהיה להבטיח ייצוג תם לב "בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת" (ראו עניין שלמה תחבורה, פסקאות 8-10, ו-17-21 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן, המתאר את מנגנון החלפה כ"הערפה של המהות על-פני המיהות, כלומר: העדפת האינטרסים של הקבוצה והציבור בהכרעה בשאלה האמיתית השנויה במחלוקת על-פני האינטרס האישי של יוזמי ההליך"). במקרים קלים יותר, יהיה מקום להסתפק בחיוב המייצגים בהוצאות משפט – או בהפחתת הגמול ושכר הטרחה שנפסק לזכותם לפי סעיפים 9(ג), 19(ו) ו-22-23 לחוק (שם), פסקה מא לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין).

20. לטעמי, החובה לייצג ולנהל את הקבוצה בתום לב ובדרך הולמת מטילה על המייצגים להקדים ולפנות לרשות עובר להגשת תובענה ייצוגית נגדה, גם כשעילתה נעוצה במישור האזרחי-מסחרי. מאפייניהן הייחודיים של המדינה ורשויותיה מפחיתים את הקשיים והסיכונים הכרוכים בפנייה כזו, ומעצימים את יתרונותיה – באופן המוביל

למסקנה כי ייצוג הולם ותם לב של הקבוצה מחייב מיצוי מוקדם של ההליכים מול הרשות.

כשם שיש דרישות מיוחדות מן המבקש הייצוגי ובא כוחו, כך ישנה ציפייה להתנהלות אחרת של הרשות. לאמור, עליה להתאים את עצמה למסגרת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשות. זאת, במובן שאף היא חייבת לפעול בתום לב, ולבדוק היטב את הבקשה, על המשמעויות שלה לציבור הרחב. על הרשות להתנהג באופן המעלה את הסיכוי שתתקן את התנהלותה בעקבות פנייה מוקדמת שתצביע על פגמים שנפלו בה. סיכוי כזה אמור להיות גבוה בהרבה בהשוואה לנתבע מן השורה, שהרי גם כשמדובר בהליך "אזרחי" במהותו, חלה על הרשות חובת הגינות רחבה כלפי הפרט (ראו, למשל, ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28, 46 (2001) (להלן: עניין הוד אביב); ע"א 6295/16 קוזלי נ' מדינת ישראל, פסקה 31 לחוות דעתי (3.6.2019)). חובה זו – שנועדה, בין היתר, "לטפח יחסי אמן בין המינהל הציבורי לבין האזרח" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית: ההליך המינהלי כרך ב 998 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן: זמיר), ויסודה במעמד הרשות כנאמן הציבור (עניין הוד אביב, בעמ' 46-47) – מוטלת, כמובן, על המדינה עצמה, אך גם על רשויות מקומיות, ואפילו על גופים דו מהותיים (זמיר; בג"ץ 4289/00 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 35 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (10.12.2009)). למשל, על הרשות לבחון בצורה מעמיקה פנייה מוקדמת שתוגש לה, ולתקן את התנהלותה אם תשתכנע כי נפל בה פגם. כפי שנפסק, "חלק מחובת ההגינות המוטלת על הרשות הוא לחקור ולדרוש כיצד להקל בנסיבות שבשליטתה על צד תם לב – כמו בעלי הזכות במקרה של הפרה – אל מול הבאים לחמוס את זכויותיהם ויגיעם" (ע"א 3960/10 מדינת ישראל – אגף המכס והמע"מ נ' Christian Dior Couture, פסקה ד לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (20.6.2011) – ועל אחת כמה וכמה שחובתה שלא לחמוס בעצמה את זכויות בעלי דינה, ולהימנע מבחינה ממצה של תלונותיהם (וראו גם לעיל, פסקה 16).

יש לזכור כי "השלטון הוא נאמן, ונאמנות מחייבת הגינות, והגינות מחייבת התנהגות (דיונית ומהותית), שאינה מבוססת על אינטרס עצמי אלא על הצורך לקדם את טובת הכלל" (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 347 (1998)). בהקשר זה, שוב נזכיר כי האפשרות שפנייה מוקדמת תצמצם את המחלוקת ותביא לסיום מהיר יותר של הסכסוך, גם אם לא תשים לו קץ לאלתר, משרתת גם את האינטרס הציבורי שעל המדינה ורשויותיה לייצג.

אומר זאת בצורה אחרת. כשם שבא כוח המבקש והמבקש עצמו מייצגים את הקבוצה, כך בא כוח הרשות מייצג את הציבור. על שני הצדדים למלא את תפקידם בהגינות, ביעילות ובתום לב. כמובן, אין ערובה כי צד זה או אחר תמיד יפעל ברמה המצופה ממנו, אך התנהלות לא ראויה במילוי התפקיד עלולה להשליך על שני הצדדים בסוגיית הגמול, ככל שהתובענה תתקדם. האינטרס של הקבוצה הוא לסיים את המחלוקת טרם הגעה לבית המשפט, וכך גם של בא כוח הרשות.

21. בנסיבות אלה, בחירה של המייצגים להימנע ממיצוי ההליכים מול הרשות ולפנות לאלתר לערכאות, בניסיון להגדיל את הסיכוי לקבלת גמול ושכר טרחה, אינה עולה בקנה אחד עם דרישת תום הלב החלה עליהם. למעשה, משמעותה של דרישה זו היא כי הקבוצה כולה, ולא רק התובע המייצג, היא ה"לקוח" שכלפיו מחויב בא הכוח. על המייצגים לפעול בתום לב לטובת הקבוצה, ולהימנע מנקיטת הליכים יקרים מיותרים במקרים שבהם ניתן להגן על האינטרס הקיבוצי באמצעות פנייה מוקדמת יעילה ונטולת עלויות. סירוב לפעול בדרך זו, משיקולים אינטרסנטיים, עולה כדי חוסר תום לב, המצדיק את הפחתת הגמול ושכר הטרחה להם זכאים המייצגים.

ההכרה ביעילות הפנייה המוקדמת לרשות – ללא תלות בעילת התביעה הספציפית נגדה – מאפשרת לעגן חובה זו בהוראות נוספות של חוק תובענות ייצוגיות, ובראשן סעיף 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי התובענה הייצוגית תאושר רק אם "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת". דרישה זו מתמקדת –

"בכשירות של עורך הדין המבקש לייצג את הקבוצה לעשות כן באופן הולם. עורך הדין נדרש להראות (ברמה, לכאורית, שתבסס 'יסוד סביר להניח') שיש לו את הכישורים הנדרשים לניהול התובענה הייצוגית באופן שישרת נאמנה את עניינם של חברי הקבוצה [...] במישור זה על בית המשפט לתת את הדעת לשאלה האם לתובע המייצג ובעיקר לבא-הכוח המייצג יש את הכשירות, הידע, הניסיון, המיומנות והמשאבים הנדרשים לייצג את עניינם של הרבים וכי יש בידו לפעול במידת המקצועיות, הרצינות והחריצות הראויה על מנת לנהל את התובענה ביעילות ובהוגנות" (עניין פריינר, בפסקה 91).

מטבע הדברים, ויתור על מסלול הפנייה המוקדמת, העשוי לפתור (ולמצער, למקד) את המחלוקת בצורה יעילה וזולה יחסית, עשוי להטיל צל על שיקול הדעת של המייצגים – ועל יכולתם לנהל את ההליך עבור הקבוצה באופן הוגן ויעיל.

מקור נוסף לחובת הפנייה המוקדמת – שנפקותה המעשית מתמצה, כאמור, בהפחתת הגמול ושכר הטרחה למייצגים סוררים – מצוי בסעיפים 22(ב) ו-23(ב) (1) לחוק תובענות ייצוגיות, העוסקים, בהתאמה בשיקולים לפסיקת גמול ושכר טרחה, ומבליטים את שיקול "התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה". מובן מאליו כי בנסיבות שבהן פנייה מוקדמת לרשות עשויה הייתה להביא להפסקה מהירה יותר של הפרת החוק תועלת זו מוטלת בספק. נקיטת הליך שיפוטי הכרוך בהוצאות מיותרות, ודוחה את תיקון ההפרה, אינה משרתת את טובת הקבוצה, ולכן הפחתה משמעותית של הגמול ושכר הטרחה מתבקשת מאליה. אכן, "שיקול חשוב בעת הדיון בסוגיית שכר הטרחה נוגע לשאלה האם היה צורך להגיש את התובענה הייצוגית כדי לזכות בסעד המבוקש" (ע"א 9134/05 לוי נ' קו אופ צפון, אגודה שיתופית לשירותים בע"מ, פסקה 14 (7.2.2008)), וכשמדובר בהליך נגד רשות התשובה השגרתית לכך שלילית. לעומת זאת, במצבים שבהם מתעורר חשש כי הפנייה תנוצל לרעה, או שהיא כרוכה בעלויות גבוהות, אין חובה להקדים ולפנות לרשות – בדומה לחריגים שהוכרו בפסק הדין ביחס לחובת מיצוי ההליכים בתובענות ייצוגיות מינהליות – ואין בהעדר הפנייה כדי לפגוע בתועלת לקבוצה, ולכרסם בתגמול.

לבסוף, יש לציין כי סעיף 1(4) לחוק מונה בין תכליות מוסד התובענה הייצוגית קידום "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות". תכלית זו תומכת אף היא בייעול ההליך באמצעות פנייה מוקדמת לרשות – ללא תלות בעילת התביעה נגדה – עובר להגשת בקשת האישור.

הנה כי כן, גם כאשר עילת התביעה נגד הרשות אינה נעוצה בעילות מינהליות, הצעד היעיל, מנקודת המבט של הקבוצה, הוא ביצוע פנייה מוקדמת לרשות, בניסיון לייתר את ההליך, ולהביא להפסקה מהירה של ההתנהלות הפסולה. "דילוג" אינטרסנטי על שלב זה עולה כדי חוסר תום לב כלפי הקבוצה, מטיל ספק ביכולתם של המייצגים לנהל את ההליך בדרך הולמת, וחותר תחת תכלית היעילות של מוסד התובענה הייצוגית. הוא אף שומט את הקרקע מתחת לפסיקת גמול ושכר טרחה למייצגים – שהרי במקרה כזה מתברר שהם כלל לא פעלו לטובת הקבוצה, אלא רק ביקשו לנצל אותה לצרכיהם. להשקפתי, על הרשות לנהוג בגדר מידה כנגד מידה. כך בבחינת ייצוג ראוי של האינטרס הציבורי וכך במובן הצר כי ייצוג ענייני ויעיל יותר משפר את איכות העבודה ועשוי לחסוך בהוצאות ועלויות.

”חובת תובע ייצוגי ובא כוחו להקדים פנייה לרשות מינהלית בטרם פתיחת הליך נגדה. כך בדין הפרטי, כך במשפט המינהלי וכך בשדה של תובענות ייצוגיות. כל מערכת דינים ונימוקיה, קל וחומר כאשר מדובר במערכות מצטברות” (פסקה 1 לחוות דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף).

חובה זו נובעת מעקרונות היסוד של המשפט המינהלי, המחלחלים לעולמן של התובענות הייצוגיות המינהליות – בייחוד, אך לא רק, בתביעת השבה נגד רשות לפי פרט 11. לצד זאת, שיקולי היעילות, טובת הקבוצה והאינטרס הציבורי בהגנת התקציב, מובילים להרחבת חובת הפנייה המוקדמת, ולהחלתה גם בתובענות המוגשות נגד הרשויות בכובען האזרחי. כפי שמעידה הפרקטיקה שנוצרה בתחומי המשפט האזרחי, מיצוי ההליכים עובר להגשת תביעה נתפס כצעד ראוי ומועיל, ומכאן שחובות תום הלב והייצוג ההולם המוטלות על המייצגים מחייבות אותם לפעול בהתאם – ופוסלות ויתור על פנייה כזו מטעמים אינטרסנטיים של מקסום הגמול ושכר הטרחה. כמובן, חובה זו כפופה לסייגים מסוימים, כפי שצוין לעיל.

נחדד. הפנייה המוקדמת היא מנגנון שמיטיב עם הלקוח, הוא הקבוצה. לא בכדי, כאמור, אף בסכסוך אזרחי בין שני פרטים נהוג להקדים פנייה לתביעה. דילוג על שלב זה, בעיני, אינו אלא הפיכת היוצרות, כאשר המבקש ובא הכוח המייצג נמנעים לפנות, על אף שהדבר מתבקש בראי טובת התיק, כדי להימנע ממצב בו לא יקבלו גמול ושכר טרחה. לפגיעה באינטרס זה שלושה מענים, ולא ארחיב שכן הדברים נכתבו לעיל. הראשון, במצב המשפטי הנוכחי אין באינטרס הכלכלי של המייצגים, עם כל חשיבותו, כדי לגבור על חובות תום הלב והייצוג ההולם. השני, לא הונח לפנינו בסיס ממשי לחשש שמיצוי ההליכים יהפוך את ההליך הייצוגי נגד רשות לבלתי כדאי, ויחתור תחת תכליות חוק תובענות ייצוגיות. הראיה של בא הכוח המייצג כוללת, כפי שהוסבר, והתחושה היא, על פי ניסיון בית המשפט, כי תובענות ייצוגיות רבות מוגשות. לשון אחר, לא רק במשפט יש איזונים, אלא גם בכלכלה ובשיקולי עורך הדין האם להגיש תובענה ייצוגית נגד רשות. השלישי, כפי שכתבתי בחוות דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, ראוי כי המחוקק יבחן את האפשרות לשנות את המצב הקיים, ולמסד תשלום גמול ושכר טרחה למייצגים-פוטנציאליים שפנייתם המוקדמת התקבלה, וייתרה את הגשת בקשת האישור. בהינתן כל אלה, אין בפגיעה המסוימת בכדאיות הייצוג כדי להפוך את היוצרות ולפטור את המייצגים מחובת הפנייה המוקדמת.

23. כאמור, על פי החלטת הנשיאה מ' נאור, הדיון הנוסף עוסק בשתי שאלות. האחת – סיווג עילת התובענה נגד מי הגליל, והשנייה, חובת הפנייה המוקדמת עובר להגשת תובענה ייצוגית נגד רשות. בדרך הילוכי נדרשתי תחילה לשאלה השנייה – והגעתי, כאמור, למסקנה כי חובת הפנייה המוקדמת תקפה ביחס לכל תובענה ייצוגית נגד רשות, לרבות לפי פרט 1 לתוספת השנייה. נוכח קביעה זו, השאלה הראשונה מאבדת מנפקותה בהקשר של הפנייה המוקדמת – שהרי בין אם מדובר בתובענה לפי פרט 11 ובין אם בתובענה לפי פרט 1, היה על המייצגים להקדים ולפנות למי הגליל. זאת, נוכח היותם של תאגידי המים בגדר "תאגידי סטטוטוריים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין", כפי שקבעה חברתי הנשיאה. אף על פי כן, ארחיב מעט בעניין משני טעמים: ראשית, משום שמאפייני תאגידי המים מבססים את עמדתי באשר להיקף חובת הפנייה המוקדמת כלפיהם – וכלפי גופים מינהליים דומים להם. שנית, משום שסיווג עילת התובענה הייצוגית מקרין על הרלוונטיות של הגנות אחרות – לרבות הסדר החדילה שבסעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות.

אפתח ואומר כי צודקת חברתי הנשיאה בציינה שבחוות דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף הצטרפתי לעמדת המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, אך לא התייחסתי לסוגיה, והתמקדתי בדיון בסוגיית הפנייה המוקדמת – ובמנגנוני התגמול שהציעו חבריי המשנים לנשיאה. מכל מקום, לאחר עיון בחוות דעת הנשיאה בהליך דנן, מצאתי את נימוקיה בהירים ומשכנעים, ואין לי אלא להצטרף למלוא קביעותיה בהקשר זה. משמע, תאגידי המים – ובהם מי הגליל – הם תאגידי סטטוטוריים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין ולפיכך ראוי לסווגם כ'רשויות' לצורך חוק תובענות ייצוגיות; התובענה הייצוגית בענייננו איננה באה בגדרי פרט 11, הואיל ותעריפי המים והביוב אינם בגדר "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" – וממילא, יש לסווג כ"מחיר" גם את רכיב הריבית שבמוקד ההליך דנן; ולעומת זאת, ניתן היה להגיש את התובענה לפי פרט 1, הואיל ובין תאגידי המים לצרכן "מתקיימים יחסי עוסק-לקוח בכל הנוגע לגביית תשלומים בגין שירותי מים וביוב". התוצאה היא כי ההגנות המוגבלות לתובענות שהוגשו לפי פרט 11 לא יחולו בענייננו.

24. אף שאני מסכים, כאמור, עם עמדת חברתי, אעמוד בקצרה על מאפייניהם המינהליים הטבועים של תאגידי המים, משום שיש בכך כדי לבסס ולחזק את המסקנה בדבר קיום חובת פנייה מוקדמת לגופים ציבוריים מעין אלה.

בהקשר זה, אזכיר כי חוק תאגידי המים מחיל על התאגידיים באופן מפורש עקרונות יסוד של המשפט המינהלי – ובכך מבהיר שלא מדובר בגוף מסחרי גרידא. כך, למשל, נדרשים תאגידי המים להימנע מניגוד עניינים (סעיף 26א), לפעול בהתאם לעקרון השוויון (סעיפים 31 ו-33), ולהקפיד על ייצוג מגדרי הולם בדירקטוריון (סעיף 63א(3)). הם מוגדרים "כרשות ציבורית" לעניין חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (סעיף 57ג), ויכולתם לפגוע בשירותי מים חיוניים ללקוחות שלא שילמו עבורם הוגבלה, הגם שמדובר באמצעי גבייה אפקטיבי (סעיף 39א); דברי ההסבר להצעת חוק תאגידי מים וביוב, התש"ס-2000, ה"ח הממשלה 20, 2823).

לא למותר לציין כי פעילות תאגידי המים מוסדרת בפרוטרוט בחוק תאגידי המים – המטיל שורה ארוכה של הגבלות על מבנה התאגיד, מטרותיו, פעולותיו וזהות נושאי המשרה בו, ויוצק בעורקיו תרבות "מינהלית" (ראו, למשל, סעיפים 5א), 7, 28, 47-54 לחוק, ופרק ד' לו). בד בבד, העניק המחוקק לתאגידי המים שורת סמכויות שלטוניות, ש"הסממן המובהק ביותר" לקיומן הוא "היכולת לשנות את מצבו המשפטי של אדם ללא הסכמתו" (גופים דו-מהותיים, בעמ' 68). כך, למשל, "החברה וכל אדם שהיא הרשתה" רשאים להיכנס למקרקעין לצורך ביצוע פעולות שונות – לעיתים, ללא הסכמת הבעלים, ואף ללא הודעה מוקדמת (סעיפים 43א(2), 44, 45א ו-48 לחוק). כמו כן, רשאים התאגידיים "לקבוע למפעלים" שבתחומי פעילותם הוראות בעניינים שונים (סעיף 51א), ולהפעיל את פקודת המסים (גביה) ביחס לתשלומים המגיעים להם, "כאילו היו מס כמשמעותו בפקודה האמורה" (סעיף 39ב).

לבסוף, יש לציין כי תאגידי המים פועלים כלפי הציבור הרחב, זוכים למימון מסוים מקופת המדינה (סעיף 102(ב)(2)) – והם אמונים על הספקת שירות חשוב וחיוני מעין כמוהו, שהרי:

"נגישות למקורות מים לצורך שימוש אנושי בסיסי נופלת בגדרי הזכות לקיום מינימלי בכבוד. מים הם מצרך חיוני לאדם, ובלא נגישות בסיסית למצרך זה באיכות סבירה אין האדם יכול להתקיים. לפיכך, יש להשקיף על הזכות למים כחלק מהזכות לקיום אנושי בכבוד, הזוכה להגנה חוקתית מכח הזכות החוקתית לכבוד האדם, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים, פסקה 23 (5.6.2011)).

המדינה בחרה, אמנם, למלא את חובתה ולספק לאזרחיה נגישות לנוזל החיים באמצעות תאגידי המים, אך אין בשינוי הצורה כדי לשנות את המהות, ולטשטש את ההיבט המינהלי שבהספקת שירות בסיסי וחיוני זה.

סבורני כי לכל הפחות בהקשר של חוק תובענות ייצוגיות יש לראות את תאגידי המים כרשות ציבורית – ולהטיל על המייצגים חובה להקדים ולפנות אליהם עובר להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדם. אמנם, מדובר בגופים שאינטרס הרווח הפרטי אינו זר להם, אך הואיל והאופי המינהלי מושרש בהם, ופעילותם נתונה לפיקוח הדוק למדי של הרשות הממשלתית למים ולביוב, דומה שיתרונות הפנייה המוקדמת אליהם עולים על חסרונותיה. זאת, לא רק כשמדובר בתובענה כנגד התאגיד בכובעו השלטוני – אז הפנייה משרתת שורת תכליות חיצוניות לחוק תובענות ייצוגיות – אלא גם במקרים שבהם יש לבחון את התועלת בראי טובת הקבוצה בלבד. ביטול חובת הפנייה המוקדמת יהפוך את היוצרות, ויעקור מוסד חשוב, שיתרונותיו הביאו להשתרשותו גם בהליכים אזרחיים בין פרטים, אף ללא עיגון נקודתי בדין. לטעמי, כאשר מדובר בגופים מינהליים, חסרונותיה של הפנייה המוקדמת מתגמדים לעומת מעלותיה, ומכאן שיש להורות כי, ככלל, חובות תום הלב והייצוג ההולם של המייצגים מטילות עליהם לצעוד בדרך זו.

סוף דבר

25. אני מצטרף לעמדת חברתי הנשיאה באשר לשאלה הראשונה שעמדה לדיון נוסף. משמע, מקובל עלי שאת התובענה הייצוגית שבמוקד ההליך ניתן היה להגיש לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ולא לפי פרט 11 לו. זאת, משום שמי הגליל גבתה את הריבית בכובעה כעוסק, באופן שאינו דורש הסמכה ואינו בא בגדרי "תשלום חובה". התוצאה היא כי ההגנות הייחודיות שניתנו למדינה בתביעת השבה לפי פרט 11 – לרבות מסלול החדילה – אינן תקפות בענייננו, בעוד ההגנות הכלליות שבסעיפים 8(ב)(1) ו-20(ד)(1) לחוק תובענות ייצוגיות עומדות למי הגליל, נוכח סיווגו כתאגיד שהוקם על פי דין. על כן, ראוי היה להשיב את הדיון בבקשת האישור לבית המשפט המחוזי – שיבחן אותה לגופה, לאור ההבנה שהודעת החדילה ניתנה שלא כדין. אולם, בנסיבות העניין מקובלת עלי עמדת חברתי, הנשיאה א' חיות, כי אין בכך טעם, בהתחשב בעמדת הצדדים להליך, הזמן הרב שחלף מאז הגשת בקשת האישור והשלב הדיוני שבו מצוי ההליך.

הדיון האופרטיבי מתמקד, אפוא, בשאלה האם יש להותיר כפי שהם את הגמול ושכר הטרחה המופחתים שנפסקו בפסק הדין – או להחזיר למקומו את הסכום המקורי שפסקה הערכאה הדיונית. בעניין זה, עמדתי היא כי לאור הכלל הקובע שיש להקדים ולפנות לרשויות המינהל עובר להגשת תובענה ייצוגית נגדן בכובען האזרחי, הרי שהיה על המייצגים להקדים ולפנות למי הגליל עובר להגשת התובענה דנן. פנייה כזו לא בוצעה, ומן הנימוקים עליהם עמדתי בהרחבה לעיל סבורני שיש לייחס לכך משמעות, ולהפחית את התגמול למייצגים – בשיעור שנקבע בפסק הדין.

26. לו תישמע דעתי, נקבע, אפוא, כי יש לקבל את הדיון הנוסף בשאלות המהותיות שעל הפרק, ולהכריע בהן כמפורט לעיל – אך להותיר את התוצאה האופרטיבית על כנה.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה א' חיות, בשתי הסוגיות המרכזיות שעמדו בלב המחלוקת לפנינו. מפאת חשיבות הדברים, אבקש להוסיף הערות קצרות בקשר לסוגיית חובת הפנייה המוקדמת לרשות קודם להגשת הליך ייצוגי נגדה מכוח פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק), אף שכפי שהכריעה חברתי ההליך הייצוגי הקונקרטי שנדון לפנינו אינו בא בגדר פרט זה.

2. סעיף 5 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט לעניינים מינהליים), קובע ארבעה סוגי הליכים שיידונו לפני בית המשפט לעניינים מינהליים: עתירה מינהלית, ערעור מינהלי, תובענה מינהלית וכל עניין שנקבע לגביו בחוק אחר כי בית משפט לעניינים מינהליים ידון בו. בכל הנוגע לעתירה המינהלית ולערעור המינהלי קובע חוק בתי משפט לעניינים מינהליים כי אלה יידונו בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים המחויבים (סעיף 8). לא כך לגבי התובענה המינהלית, שהיא "הליך חריג ביחס לסוג ההליכים המתנהלים בבית המשפט לעניינים מינהליים" (עע"ם 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד, פסקה 16 (6.1.2013) (להלן: עניין קוטלרסקי); עע"ם 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים, פ"ד נט(6) 411, 417 (2005)), והדיון בה נעשה ככלל על פי סדר הדין האזרחי (תקנה 29 לתקנות בתי משפט לעניינים

מינהליים (סדרי דיין), התשס"א-2000). התובענה המינהלית היא מעין "יצור כלאיים", כך שסדרי הדין והראיות בה הם של אלה המאפיינים תובענה אזרחית, ואולם העילה שבבסיסה מינהלית, ולכן היא מצויה ב"סביבת עבודה" של הדין המינהלי (עע"ם 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון, פ"ד נט(6) 241, 248 (2005); עניין קוטלרסקי, פסקאות ד-ה, ו-ט לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין). כפי שצוין בעניין שבדרון, תוכנם של המאפיינים המינהליים ויישומם הקונקרטי בהליכים אלה, יעוצב ויתגבש עם הזמן בפסיקה (שם, בעמ' 248).

3. בראי המאפיינים המעורבים האמורים של התובענה המינהלית, בהליך דנן הונחה לפתחנו השאלה אם כלל הפנייה המוקדמת או הכלל בדבר חובת מיצוי ההליכים הנוהג במשפט המינהלי, צריך לחול גם על בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשות "בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר", שהיא אחת משני סוגי התובענות המינהליות שבית המשפט לעניינים מינהליים הוסמך לדון בהן בעת הזו (סעיף 5(3) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים הוסמך לדון בהן לחוק זה, המפנה לסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות). וליתר דיוק, נדרשים אנו לבחון אם יש להטיל על תובע ייצוגי חובה להקדים פנייה לרשות לפני הגשת הליך ייצוגי לבית המשפט לעניינים מינהליים במובן זה שמחדלו לעשות כן יביא להפחתה או שלילה של הגמול ושכר הטרחה לתובע הייצוגי ובא כוחו ובמקרים חריגים – אף לדחיית ההליך על הסף. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף סבר המשנה לנשיאה א' רובינשטיין כי החלה זו של דרישת הפנייה המוקדמת מבטאת יישום "רך" יותר מדרכה בעתירות מינהליות, שם ניצבת הדרישה ככלל כתנאי סף לפנייה לערכאות (עע"ם 2978/13 מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ נ' יונס, פסקה מד (23.7.2015) (לעיל ולהלן: פסק הדין נושא הדיון הנוסף)). חברתי הנשיאה סבורה כי אין מקום לקבוע חובה כאמור שלא בדרך של תיקון החקיקה וזאת נוכח הניתוח המפורט שהוצג בחוות דעתה של תכליות חוק תובענות ייצוגיות וההיסטוריה החקיקתית שלו, ובפרט של התכליות העומדות ביסוד ההסדרים הייחודיים שגובשו בו בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות נגד הרשות. לדברים אלה אני מסכים.

4. בפרט אציין, כי – בהינתן מתכונתו הנוכחית של החוק – אף להשקפתי הסדר החדילה הקבוע בסעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות מגלם איזון בין מערך התמריצים הייחודי המאפיין את ההליך הייצוגי לבין האינטרס הציבורי העומד ביסודה של חובת הפנייה המוקדמת המקובלת במשפט המינהלי (פסקה 41 לחוות דעתה של הנשיאה). הסדר החדילה מאפשר לרשות לתקן את דרכיה מבלי שתאושר נגדה תובענה ייצוגית

(מהלך שעשוי להוביל לחיוב בהשבה כמפורט בחוק) וכל זאת תוך שלבית המשפט מסור עדיין שיקול דעת לפסוק גמול ושכר טרחה ליוזמי ההליך אשר בזכותו תוקן הפגם. הענקת הסמכות לפסוק גמול ושכר טרחה בנסיבות אלו משקפת את הנחת היסוד הבסיסית של ההליך הייצוגי שלפיה הפגיעה הפרטנית כתוצאה מהגבייה הבלתי חוקית אינה מצדיקה לבדה – משיקולי עלות תועלת – פנייה לערכאות לקבלת סעד ואף לא פנייה לקבלתו מן הרשות המינהלית במישרין. התמריץ הכלכלי לתובע המייצג ובא כוחו, שעליו מתבסס ההליך הייצוגי, נועד לגשר על הפער האמור ולקדם באמצעותו את אכיפת הדין. במילים אחרות, במסגרת ההליך המינהלי "הקלאסי", לפרט שנפגע מהחלטת הרשות ודאי יש עניין אישי בפנייה ישירה אליה, נוכח התועלות שיכולה להיות לפנייה כזו עבורו ובראשן מתן הסעד המבוקש על ידי הרשות כתוצאה מבחינת טענותיו (ראו והשוו למשל ע"מ 7401/14 קסס מילניוס בע"מ נ' רשות שדות התעופה (9.9.2015) שם עמדתי על ההצדקות לקביעת כלל שיחייב את הפרט להגיש עתירה מינהלית בעניין טענותיו נגד החלטת רשות בנושא מכרז, קודם להגשת תובענה מינהלית לפיצויים בגין אותן טענות, ועל החריגים לו). מערך התמריצים המאפיין את ההליך הייצוגי נגד הרשות המינהלית הוא שונה כאמור, ובו בניגוד להליך מינהלי רגיל עיקר התועלת בפעולה על ידי מי שבפיו טענה נגד הפעולה המינהלית עניינה ברווח הכלכלי שיפיק כתוצאה מפסיקת הגמול ושכר הטרחה. תועלת זו, שהיא הדלק הזורם במנועי התובעים הפוטנציאליים (ולמצער רובם) לא יכולה להתממש במקרים שבהם כתוצאה מהפנייה המוקדמת חדלה הרשות מהגבייה הבלתי חוקית ומשאינן נמצא מנגנון להבטחת התמריץ לפנות לרשות מלכתחילה (ובהקשר זה נראה לי שסוג המקרים שבהם רשות מינהלית הייתה מתקנת את דרכיה בעקבות פנייה מוקדמת חופף במידה רבה לאלה שבהם הייתה מוגשת לבית המשפט הודעת חדילה לפי ההסדר הקבוע בסעיף 9 לחוק). ההבחנות האמורות בין ההליכים מובילות לדעתי למסקנה כי הוראות חוק תובענות ייצוגיות – ובעיקר הסדר החדילה (לצד שיקול הדעת המסור לבית המשפט בגדרי סעיף 8(א)(4) לחוק, כאמור בפסקה 38 לחוות דעת הנשיאה) – מאפשרות לממש את הגיונו של כלל הפנייה המוקדמת, בהתאמות המחויבות למערכת התמריצים שמאפיינת הליכים ייצוגיים.

5. תוצאה זו ראויה לדעתי גם בהתחשב במנגנוני הפיקוח השיפוטי המעוגנים בחוק תובענות ייצוגיות, שנועדו להבטיח הגנה על עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת באבני דרך שונות לאורך ההליך, שבהן מתעורר חשש כי עניינם האישי של התובע הייצוגי ובא כוחו יובא לקדמת הבמה, על חשבון (או בניגוד ממש) לעניינה של הקבוצה (פסקאות 45-46 לחוות הדעת של הנשיאה). אמנם אף אני סבור, בדומה להסתייגות שעלתה מדבריו של חברי השופט נ' הנדל כי כאשר עסקינן בנתבעת שהיא

רשות מינהלית, החשש כי זו תעשה יד אחת עם תובע ייצוגי תוך פגיעה בעניינם של חברי הקבוצה – בהינתן החובות המוטלות עליה – חשש מופחת הוא (פסקה 16 לחוות דעתו; ראו גם חמי בן-נון וטל חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" עלי משפט יב 7, 25 (2016) (להלן: בן-נון וחבקין)). יחד עם זאת, גם אם אלה הם פני הדברים, פיקוחו של בית המשפט עדיין נדרש במצבים שבהם מוגש הליך ייצוגי נגד רשות וזו מודיעה על חדילה מן הגבייה הבלתי חוקית, וזאת לצורך הגנה על עניינם של חברי הקבוצה (וראו הוראת סעיף 9(ב) לחוק המתנה דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשות בשל הודעת חדילה בכך ש"הוכח לבית המשפט כי היא חדלה מהגבייה כאמור לכל המאוחר במועד הקובע"). ודוקו: החשש כי נתבע לא יעמוד בהתחייבותו בהעדר בקרה ופיקוח מצד בית המשפט וכי הקבוצה המיוצגת תיפגע אגב כך אינו נובע רק ממהלך מכוון, אלא גם משגגה או מחדל שנפלו בביצוע המוטל עליו (בן-נון וחבקין, בעמ' 21-22). בין אם כך בין אחרת, בענייננו האינטרס הציבורי בכך שהרשות אכן תתקן את הפגם כתוצאה מהעלאת הטענות נושא ההליך הייצוגי תומך אף הוא בהותרתן של אלו בין כתלי חוק תובענות ייצוגיות, שמפקיד בידי בית המשפט את מלאכת הפיקוח על התחייבותה האמורה.

6. מטעמים אלה ואלה שפורטו בחוות דעתה של חברתי הנשיאה, סבורני אפוא כי במערכת האיזונים הקבועה בחוק במתכונתו הנוכחית, אין מקום "לייבא" את כלל הפנייה המוקדמת להליכים ייצוגיים נגד רשות גם בשינויים שהוצעו בפסק הדין נושא הדיון הנוסף. הסדר החדילה הקבוע בסעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר לרשות לאיין את ההליך הייצוגי נגדה במגבלות הקבועות בו, מגלם את האינטרס הציבורי שעומד ביסודו של כלל זה, תוך ההתאמות המתחייבות מן המתכונת הייצוגית ומאפייניה הייחודיים. למותר לציין כי אין מניעה לכך שמשרד המשפטים יוכל ליזום תיקון חקיקה במגמה להסדיר את הפנייה במתכונת המקובלת במשפט המינהלי, וכי גם במקרה כזה ראוי שהתיקון ישמר מערך תמריצים שיגשים את תכליותיו של ההליך הייצוגי.

ש פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. הסוגיות העומדות בפנינו כאן ניתן לשייכן לסוג: "המקרים הקשים" על פי האבחנות שהציע פרופ' אהרן ברק בספרו: שיקול דעת שיפוטי, עמ' 58-68 (הדפסה

שלישית – 1993), שהרי כרוך בהן שיקול דעת שיפוטי, מכוחו יש לבחור את הפתרון שנראה עדיף מבין שלל האפשרויות, שכולן חוקיות במסגרת השיטה.

במסגרת האמורה הגעתי למסקנה כי בניגוד למה שנפסק – בהסכמתי – ב-עע"מ 2978/13 מי הגליל – תאגיד והביוב האזורי נ' יונס (23.07.2018) (להלן גם: פסק הדין, נושא הדיון הנוסף) – עדיפה הגישה, שאותה הציגה פה חברתי הנשיאה וכן שאר חברי להרכב בדיון נוסף זה, למעט חברי, השופט נ' הנדל. זו קובעת כי אין להשית חובה של פנייה מוקדמת לרשות – טרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה.

2. להלן אבהיר את הטעמים לשינוי שחל בעמדתי המקורית בסוגיה הנ"ל, בצד מתן הבהרות לתפיסתי בשאר השאלות העיקריות שעמדו בבסיס הליך הדיון הנוסף שבכאן, ואציג גם מספר הערות נלוות.

אפרט עתה הדברים, ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

3. בנושא של הטלת נטל על תובע המעוניין לתבוע רשות בדרך של תובענה ייצוגית לפנות אליה בפנייה מקדמית טרם הגשת בקשה לאישור – המחוקק שותק. שתיקה זו עשויה להתפרש בכמה לשונות:

לעיתים היא מעידה על חוסר (לאקונה); לעיתים היא מהווה אי-נקיטת עמדה בסוגיה המשפטית, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המתפרש; לעיתים השתיקה מהווה הסדר משתמע (ראו: בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) (1993) (להלן: עניין אמיתי); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית, 465-483 (הדפסה שלישית, 1998) (להלן: ברק, כרך א'); עיינו עוד והשוו: אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" משפטים מ"ה 573 (2016) (להלן: ברק, על ההשתמעות); בג"ץ 2305/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, כבוד השופטת דליה דורנר, פ"ד נח(6) 685 (2004) (להלן: עניין חד"ש-תע"ל); חוות דעתי ב-בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (13.04.2016) (להלן: עניין יש עתיד)).

במשפט הישראלי חוסר (לאקונה) קיים במקום שבו הסדר משפטי השואף לשלמות – איננו שלם, ואי-שלמות זו נוגדת את תכליתו. ניתן לדמות את הטקסט במקרה כזה לחומה, אשר חסרה בה לבנה, שהבנאים לא הכניסו אותה למקומה (ראו: ברק, על

ההשתמעות, בעמ' 583; הדימוי הוא של Canaris, במאמרו הנזכר בה"ש 60 ש.ם. לצורך ההשלמה במקרה כזה – עיינו: חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980).

מנגד, שתיקה הנובעת מאי-נקיטת עמדה יכולה לנבוע מרצון המחוקק להשאיר את העניין להסדרה במערכת נורמטיבית שמחוץ לחוק המתפרש (ראו: עניין אמיתי; עניין חד"ש-תע"ל), או מהשמטה מכוונת, או מקרית (ראו: עניין חד"ש-תע"ל; חוות דעתי בעניין יש עתיד).

סוג שלישי של שתיקה מתפרש על דרך של השתמעות. בגדרה של קטגוריה זו אנו מדברים על "השתמעות שלילית" (שמכונה לרוב: "הסדר שלילי"), או על "השתמעות-חיובית" (עיינו: חוות דעתי בעניין יש עתיד). בעניין יש עתיד הצגתי שתי דוגמאות, הממחישות את הצורך באימוץ תורת ההשתמעות ובנפקויותיה – על דרך של "השתמעות שלילית", או "השתמעות חיובית", ואחזור עליהן כאן:

(א) Paul Grice, שפיתח את יסודות הפרגמטיקה, מביא כמשל להשתמעות שלילית את המקרה הבא:

מורה לפילוסופיה נתבקש לכתוב מכתב המלצה לאחד מתלמידיו; בהמלצתו הוא כותב אך זאת שהתלמיד שולט באנגלית וכי השתתפותו בשיעורים היתה סדירה. דומה שלא נתקשה להסיק מכאן, במשתמע, כי המורה אינו מעריך את הרמה הפילוסופית של התלמיד. מובן זה – היעדר הערכה לרמה הפילוסופית – אינו נלמד במישרין מלשון התשובה; הוא משתמע מהקשר שבו היא ניתנה וגלומה בו השתמעות שלילית.

(עיינו: Paul Grice, Studies In The Way of Words (1989) 33; ניסוח הדברים שלעיל הוא על פי מה שמובא ב- ברק, על ההשתמעות, בעמ' 57).

(ב) פרופ' Akhil Amar מנתח בספרו: AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION: THE PRECEDENTS AND PRINCIPLES WE LIVE BY (2012) (להלן: Amar) את הליך ההדחה (Impeachment) של נשיא ארה"ב, המוסדר בחוקה האמריקאית. הליך ההדחה מתנהל בפני הסנאט, ואולם בו בזמן שבדרך כלל מי שמנהל את ישיבות הסנאט הוא סגן נשיא ארה"ב – בהליך ההדחה הנ"ל מי שיושב בראש הסנאט על פי החוקה האמריקאית הוא נשיא בית המשפט העליון האמריקאי. הטעם לכך ברור מאליו – לסגן הנשיא יש עניין בתוצאות ההליך. עם זאת בחוקה האמריקאית לא נקבעו הוראות מיוחדות לגבי הליך ההדחה של סגן הנשיא, שאמור להתקיים אף הוא בפני הסנאט. היתכן שסגן הנשיא ישב במקרה כזה בראש הסנאט, כאשר מתברר שם עניינו-שלו.

התשובה המשתמעת דורשת להחיל כאן הסדר דומה לזה שחל על הליך ההדחה של הנשיא, ובכך מופעלת פה דוקטרינת ההשתמעות החיובית (עיינו Amar בעמ' 13-15).

4. העולה מן המקובץ מלמד כי הברירה בין החלופות השונות היא מורכבת, אך כל בחירה היא לגיטימית, ובלבד שהיא מנומקת ונשענת על אדנים מוצקים. הנה כי כן, המחלוקות שנתגלעו בין חברתי הנשיאה ושאר השופטים המצדדים בעמדתה (הגורסים כי מדובר כאן ב"הסדר שלילי") לבין גישת חברי השופט נ' הנדל (אשר סבור כי הפקדת הסמכות העניינית לדון בתביעות ייצוגיות שעילתן החלטת הרשות – בידי הערכאות המינהליות שהמשפט המינהלי חל בהן יוצרת מעין "הסדר חקיקה חיובי") – מוכיחה את הפרופוזיציה המוצעת. לכך מצטרפים הנימוקים שהוצגו בפסק הדין, נושא הדין הנוסף וכל אלה מובילים למסקנה, שאותה ציינתי בפסקה 1 שלעיל – כי הסוגיה שלפנינו היא אכן מסוג "המקרים הקשים".

עתה אבחן איזו חלופה יש להעדיף פה.

5. כאמור, השאלה אם הסדר חקיקתי מהווה "הסדר שלילי" תלויה בתשובה לתהיה אם שתיקתו של המחוקק בסוגיה הנידונה הייתה מכוונת, ותכליתה הייתה לשלול את ההסדרים שאליהם הוא לא התייחס (עיינו: ברק, כרך א' בעמ' 467-469). לעמדתי, לא ניתן לומר כי בענייננו שתיקת המחוקק ביחס לחובת הפנייה המוקדמת הייתה מכוונת ונועדה להשמיע לנו את שלילתו ההחלטית של הסדר זה. אסביר ואנמק:

חובת הפנייה המוקדמת היא כלי, אשר בכוחו לייתר את הצורך לנהל הליכים משפטיים, במקרים שבהם הליכים אלו אינם נדרשים בהכרח (למשל בענייננו, במקרים שבהם התובע סבור בשוגג כי גבייה מסוימת נעשתה שלא כדין, אך למעשה היא הייתה מעוגנת בדין). במקרים מעין אלה, פנייה מוקדמת עשויה לחסוך עלויות משפט עבור התובע ועבור הרשות כאחד, זאת לצד חיסכון בזמן שיפוטי יקר. אכן גם חברתי הנשיאה אוחזת בדעה כי חובת הפנייה המוקדמת לרשות עשויה להביא תועלת בנסיבות שכאלו (עיינו: פסקה 41 לפסק דינה). נוכח האמור, נחה דעתי כי על-אף הליכי החקיקה המעמיקים שקדמו לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות, או: החוק) – לא ניתן להסיק שהמחוקק צפה מראש את ההשלכות הגלומות בחובת הפנייה המוקדמת (ובהן היתרונות שבה) וקבע באמצעות "שתיקתו" כי השלכות אלו אינן רצויות לדעתו. לעמדתי, העמדה הסבירה יותר, בנסיבות, היא שהמחוקק לא נתן את דעתו לאפשרות החלת חובת פנייה מוקדמת בהליכים ייצוגיים

נגד רשות. שאלה זו נותרה איפוא פתוחה. מבחינה זו נותרתי לפיכך איתן בעמדתי כי לשונו של חוק תובענות ייצוגיות "סובלת" הן את החלתה של חובת הפנייה המוקדמת טרם תובענה מנהלית והן את שלילתה של חובה זו. עם זאת, בשאלה האם הכרה בחובת פנייה מוקדמת לרשות קודם פתיחה בהליכים ייצוגיים כנגדה היא רצויה, שוכנעתי כי בניגוד לעמדתי בפסק הדין, נושא הדיון הנוסף, נכון יהיה כי נבטל את חובת הפנייה המוקדמת ולאפשר לתובע ייצוגי להגיש בקשה לבית המשפט לאישור תובענה כייצוגית גם מבלי להקדים לכך פנייה לרשות. בהקשר זה מקובלים עליי הנימוקים שנשטחו בחוות הדעת של חברתי, הנשיאה א' חיות, ושל יתר השופטים התומכים בעמדתה בעיקר ביחס למערך התמריצים הקיים ביחס לתובעים ייצוגיים ולהשפעה שיש לחובת הפנייה המוקדמת על מערך זה (לחשיבות וללגיטימיות של האינטרס הכספי בהנעת תובענה ייצוגית עיינו בפסק דיני ב-ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדט 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 410 (2014) (להלן: עניין פריניר)). בנסיבות אלו, ומאחר שכאמור, אני מצטרף לעיקרם של הדברים, לא אאריך עוד בסוגיות אלו, ואתייחס בתמציתיות לטעמים שהביאו אותי להימלך בדעתי בנושא.

6. כפי שעולה מחוות הדעת השונות של חברותיי וחבריי בסוגיה – חובת הפנייה המוקדמת – פנים כפולות לה: מחד גיטא, היא מסייעת, כאמור, לייתר הליכים שניתנים לפתרון מהיר, תוך חיסכון של משאבים ושל זמן שיפוטי, וכל זאת לצד קידום הדיאלוג הרצוי בין האזרח לבין הרשות ועמידה על עקרון הפרדת הרשויות והכיבוד ההדדי ביניהן. מאידך גיטא, חובת הפנייה המוקדמת מציבה מכשול נוסף בפני תובעים ייצוגיים כנגד הרשות (בנוסף למכשולים המפורשים בהקשר זה המנויים בחוק), ומשכך היא מטילה עוד אילוץ מכביד על מערך התמריצים הניצב בפניהם.

בעת כתיבת פסק הדין, נושא הדיון הנוסף קבעתי כי כאשר חובת הפנייה המוקדמת תוביל לייטור ההליך הייצוגי – התובע הייצוגי ובאי-כוחו יהיו רשאים לבקש החזר הוצאות וגמול מסוים וכן שכר טרחה, ואם תביעה זו לא תיענה הם יוכלו לתבוע מרכיבים אלה במסגרת סעיף 5(ב)(2) לחוק, בעילה של ניהול משא-ומתן שלא בתום-לב בהקשר לחדילה (להלן: הסדר הפיצוי האלטרנטיבי). באותה העת סברתי כי בהינתן הסדר הפיצוי האלטרנטיבי, ניתן יהיה לקדם את הערכים והיתרונות של חובת הפנייה המוקדמת, מבלי שחסרונותיה של חובה זו יורגשו, בבחינת: "תוכו אכל – קליפתו זרק" (תלמוד בבלי, חגיגה, ט"ו, ב).

עתה שיניתי מעמדתי המקורית בסוגיה, בין השאר מאחר שהסדר הפיצוי האלטרנטיבי, שעשוי היה לאזן יפה בין הערכים הרלבנטיים – לא התקבל (אף

שהקביעה שביסודו – עומדת, לדעתי, בדרישות שהוצבו על-ידי הנשיא א' גרוניס ב-
 עע"מ 7752/12 אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל (02.11.2014) (להלן: עניין אסל)) וכן
 בהתחשב בטעמים שפורטו בחוות הדעת של חברתי הנשיאה ושל שאר חבריי
 ומשיקולים נוספים. כל אלה יפורטו מיד בסמוך.

7. להבנתי יש לייחס בהקשר הנ"ל משמעות רבה להוראה שבסעיף 8 לחוק בית
 משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בית משפט לעניינים מינהליים), שם
 נאמר כך:

"בית משפט לעניינים מינהליים ידון בעתירה מינהלית
 ובערעור מינהלי בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים
שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט
גבוה לצדק, בשינויים המחויבים לגבי עתירה
 מינהלית ולגבי ערעור מינהלי" (ההדגשות שלי –
 ח"מ).

סעיף זה דן איפוא רק בעתירה מינהלית ובערעור מינהלי, בו בזמן שסעיף 5
 לחוק בית משפט לעניינים מינהליים, המסדיר את סמכות בית המשפט לעניינים מינהליים
 מדבר בנפרד (ראו שם סעיף 5(3) לחוק זה) גם בתביעות מינהליות, המנויות בתוספת
 השלישית לחוק האמור (ובמסגרתן באה תביעה הנזכרת בסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות
 ייצוגיות) וכן בעניינים מינהליים, או אחרים שנקבעו בחוק פרטני אחר, שבית משפט
 לעניינים מינהליים ידון בהם. יתר על כן מאחר וכללי הפנייה המקדמת באים בגדר
 העילות והסעדים שבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק עוסק בהם –
 לכאורה אין להחילם בעת שמדובר בתביעה ייצוגית מינהלית. השוו לחוות דעתו של
 חברי, השופט ע' פוגלמן בהליך שלפנינו.

8. זאת ועוד – אחרת. השתכנעתי מנימוקיהם של חברתי הנשיאה, השופטת א'
 חיות ושל יתר חבריי להרכב (להוציא את חברי, השופט נ' הנדל) כי אין ליצור, כביטויה
 של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, מנגנון של: "פנייה מוקדמת על פני פנייה מוקדמת",
 בהינתן קיומו של הסדר החדילה הקבוע בסעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות.

9. מספר טעמים נוספים מוליכים לתוצאה הנ"ל:

(א) המסקנה מתיישבת בפועל עם דעת הרוב של הנשיא א' ברק והשופט (כתוארו
 אז) מ' חשין, שצידדו בנקיטת גישה ליברלית-אינדיבידואליסטית ב-בג"ץ 164/97

קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998), זאת כנגד דעתו החולקת החברתית-קהילתית של השופט י' זמיר. וכך הוצגו הדברים מפיו של הנשיא א' ברק שם:

"הפרט אינו נאמן של השלטון. הפרט לא בא לקדם את חירותו של השלטון. תפיסת האדם בדמוקרטיה מכירה בחירותו של הפרט כלפי השלטון ולא בחירותו של השלטון כלפי הפרט. לפרט מותר כל דבר שלא נאסר עליו כדין. לשלטון אסור כל דבר שלא הותר לו כדין (ראה ב' אקצין תורת המשטרים (כרך א) [81], בעמ' 128). תפיסה דמוקרטית מכירה ברצון העצמי ובאינטרס העצמי של הפרט. תפיסה דמוקרטית אינה מכירה ברצון העצמי ובאינטרס העצמי של השלטון, שכן השלטון פועל למען הציבור ולמען הכלל. לא ניתן לומר, במשטר דמוקרטי, כי לפרט אין משלו ולא כלום, וכל מה שיש לו, למען הכלל יש לו. דברים אלה נכונים ויפים הם לגבי השלטון. הנה-כך, תפיסה ראויה של דמוקרטיה מובילה למסקנה כי אין מקום להטיל על הפרט חובת הגינות כללית כלפי השלטון. הטלתה של חובה כללית להגינות תביא לשינוי רדיקלי בתפיסת הדמוקרטיה ובמקומו של הפרט בה. חברי השופט זמיר מציין כי מקורה של חובת ההגינות הכללית הוא באמנה החברתית. דומה, שמאמנה חברתית זו אין להסיק את מסקנתו. תפיסת האמנה החברתית המקובלת עלינו היא זו הקובעת ממשל מוגבל שסמכותו היא לשרת את האדם, ולאפשר לו לקיים את זכויותיו הטבעיות. מתפיסה זו מתבקשת חובת הגינות כללית של השלטון כלפי הפרט. לא נגזרת ממנה חובת הגינות כללית של הפרט כלפי השלטון (בעמ' 349; ראו עוד: קלוד קליין "על האמנה החברתית בפני בג"ץ לאור בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר" המשפט ה 189 (התשס"א) (להלן: פרופ' קלוד קליין, האמנה החברתית); ליאור ברשק "אזרח ומדינה בדמוקרטיה בעקבות בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289 משפטים לב(1) 217 (תשס"ב). לביסוס הגישה החברתית-קהילתית, שבבסיס דעת המיעוט של השופט י' זמיר עיינו: גרשון גונטובניק "הקהילה הליברלית וזכויות רווחה כזכויות יסוד: עיון בהלכת קונטרס" 199 יצחק זמיר על משפט, חברה ופוליטיקה 323 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2004)).

(ב) בתחום המחשבה הפוליטית – המסקנה הנוכחית תואמת את אסכולת האמנה החברתית "הרכה" (Soft), שפותחה בעקבות כתביו של ג'ון לוק בספרו: Two Treatises of Government (1690). אסכולה זו עומדת בסתירה לפרשנות מסוימת שניתנה לגישתו

של ז'אן זאק רוטו, אשר תוארה בספרו: על האמנה החברתית (מהדורה שלישית, ח' רות עורך, תשט"ו), וזכתה לביקורת נוקבת מצידו של פרופ' יעקב טלמון, עיינו: J.L. (Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy* (New-York, 1970)). ראו עוד בנושא: פרופ' קלוד קליין האמנה החברתית 199-196.

(ג) המחקר הכלכלי-התנהגותי מלמד כי הטיות קוגניטיביות עלולות לגרום לכך שמשרתי ציבור יפעלו באופן שאיננו מקדם בהכרח את האינטרס הציבורי, על-אף שכוונותיהם הסובייקטיביות טהורות. כך, אפילו משרתי ציבור ישרי-דרך עלולים לקבל החלטות לטובת האינטרס האישי שלהם, גם אם כוונותיהם המודעות הן לקדם את רווחת הכלל (עיינו, למשל: Yuval Feldman, *Behavioral ethics meets behavioral law and economics*, in OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS (Eyal Zamir and Doron Teichman Eds., 2014); YUVAL FELDMAN, *THE LAW OF GOOD PEOPLE* 32-57 (2018); Eyal Zamir and Raanan Sulitzeanu-Kenan, *Explaining Self-Interested Behavior of Public-Spirited Policy Makers*, 78 PUBLIC ADMINISTRATION REVIEW 579–592 (2018)). באותה מידה קיים חשש שאותם משרתי ציבור יפעלו לטובת האינטרס קצר-הטווח של הרשות (קרי, הם יעדיפו ניסיונות למנוע הגשה של תובענה ייצוגית בעקבות פנייה מוקדמת על ידי עריכת הסדר אינדיבידואלי עם הפונה, וזאת ללא הענקת פיצוי מתאים לו ולבאי-כוחו בגין מאמציהם), על פני האינטרס הציבורי ארוך-הטווח, המחייב הפסקה של גבייה שנעשתה בניגוד לדין. לדוגמה קרובה בחיי המעשה, שהביאה לאישור תובענה ייצוגית – ראו: ע"מ 6192/13 אברהם נ' עיריית טבריה (26.02.2017) (להלן: עניין אברהם).

סיכום ביניים

10. מהשיקולים שפורטו לעיל – אני חוזר בי מדעתי כי יש להשית חובת פנייה מוקדמת למי שמתכוון להגיש תובענה ייצוגית כנגד רשות מינהלית, ומצטרף לדעת אלה שהגיעו בהליך שלפנינו למסקנה כי הסדר החדילה הקבוע בחוק תובענות ייצוגיות מספק לצורך זה. עתה אתייחס בתמציתיות לשאר הסוגיות שעלו במכלול ולבסוף ארשה לעצמי להעיר מספר הערות.

מכוח מה היתה אמורה להיות מוגשת התובענה הייצוגית כאן

11. השאלה הראשונה מבחינה לוגית שעמדה לפתחנו בהליך זה הייתה מהו הסעיף שדרכו ניתן היה להגיש את התובענה הייצוגית נגד המשיבה בענייננו? שני סעיפים המנויים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: התוספת השנייה) באו בחשבון לצורך זה – פרט 1 לתוספת השנייה, המתייחס ל"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח" ופרט 11 לתוספת השנייה העוסק ב: "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר".

12. חברתי הנשיאה קבעה כי מסלול התביעה האפשרי היחידי בנסיבות ענייננו היה אמור להתבסס על פרט 1 לתוספת השנייה. לגישה, יישומם של השיקולים הרלבנטיים לצורך סיווג פעילות הרשות כ"עוסק" – מהות הפעולה הנתקפת כהתנהלות שנעשית על דרך של עיסוק ותכליתו של חוק הגנת הצרכן כחוק שנועד להגן על צרכנים מפני "עסק" הנהנה מיתרון כלכלי – מורה כי תאגידי המים פועלים כ"עוסק", שעה שהם גובים תעריפי מים וביוב. לשיטתה של חברתי הנשיאה, העובדה שחוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001 (להלן: חוק תאגידי המים) נועד להביא לניהול עסקי של תאגידי המים, לצד העובדה שתעריפי המים נקבעים בהתאם לעקרון העלות הריאלית, מרחיקות את פעילותם של תאגידי המים מפן השלטוני-ציבורי שלהן, ומעמידות אותן כפעילות של "עוסק".

13. אינני חולק עקרונית על הגישה האמורה, ואולם לגבי דידי השאלה מתי יש לסווג את פעולת הרשות כפעולה צרכנית, אשר ניתן לתבוע בגינה מכוח פרט 1 לתוספת השנייה, ומתי יש לסווגה כפעולה שלטונית שכלפיה ניתן לתבוע את הרשות רק מכוח פרט 11 לתוספת השנייה גם היא שאלה מורכבת. אעבור איפוא עתה לבירור הקושיה האם ניתן היה להגיש את התובענה הייצוגית בענייננו מכוח פרט 11 לתוספת השנייה. סוגיה זו מתחלקת לשתי שאלות משנה:

שאלת המשנה הראשונה היא האם תאגידי מים וביוב עונים להגדרת "רשות", כמובנה בחוק תובענות ייצוגיות?

שאלת המשנה השנייה היא האם עילת התביעה שעמדה לעותר בדיון הנוסף כנגד מי הגליל עסקה בהשבת סכומים שנגבו על-ידי תאגידי המים שלא כדין: "כמס, אגרה או תשלום חובה אחר" (לשון פרט 11 לתוספת השנייה)?

14. חברתי הנשיאה (בפיסקה 21 לפסק דינה) השיבה על שאלת המשנה הראשונה בחיוב, בקובעה כי הגם שתאגידי המים והביוב הם גופים נפרדים מן הרשויות

המקומיות, התפקידים המוטלים עליהם הינם תפקידים ציבוריים במהותם – של אספקת מים לתושבי המדינה (עיינו: סעיף 1(ב) לחוק תאגידי המים), אשר הוטלו עליהם מכוחו של חוק תאגידי המים. לפיכך, תאגידים אלו עונים להגדרה של: "גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין" וככאלה יש לראות בהם כ"רשות" לעניין סעיפים 5(ב)(2), 9 ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות (עיינו: סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, אשר אליו מפנה סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות). מסקנה זו של חברתי מקובלת גם על ידי ומשכך לא אאריך בה.

15. ביחס לשאלת המשנה השניה קבעה חברתי הנשיאה – בהתבססה, בין היתר, על פסקי דין קודמים של בית משפט זה ובפרט על פסק הדין שניתן בהרכב מורחב ב-בג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב (13.11.2014) (להלן: עניין רשות המים) – כי גביית תעריפי מים וביוב היא בבחינת: "מחיר" ולא: "מס, אגרה או תשלום חובה אחר". הנימוק המרכזי לקביעה זו נעוץ בעובדה שתעריפי התשלום לתאגידי המים והביוב נקבעים כאמור לפי עקרון העלות הריאלית של אספקת שירותי המים והביוב. לפיכך, אף-על-פי שהתשלום עבור מים וביוב איננו וולונטרי לגמרי לנוכח חיוניותם של המים והביוב עבור בני האדם (והיעדר אלטרנטיבה סבירה ורצון חופשי ביחס לצריכתם בשל כך) – הצמדת תשלומי המים לעלות הריאלית של אספקתם, מקהה את אופיים הכופה של תשלומים אלו ומצדיקה את ההתייחסות לתשלום זה כאל "מחיר" (ראו: פסקאות 23-25 לחוות דעתה של חברתי; לעניין מעמדו של תשלום בגין שירות מונופוליסטי חיוני שמחירו הוצמד למחיר השוק, עיינו: עניין רשות המים, פסקאות נ"ו-נ"ח לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין וההפניות שם). לנוכח קביעה זו, חברתי הנשיאה סבורה כי לא ניתן לראות בתשלומי תעריפי המים כ"מס, אגרה או תשלום חובה אחר", ומשכך לא ניתן היה להגיש את התובענה הייצוגית כנגד מי הגליל בהתבסס על פרט 11 לתוספת השניה.

16. דעתי שונה מעט, למצער בכל הנוגע לתביעה ייצוגית להשבה של החזר ריבית מופרזת שנדרשה ונגבתה כאן מהצרכנים, על פי הנטען, מעבר למותר על-פי סעיף 32(ב) ו-1(ג) לכללי תאגידי מים וביוב (אמות מידה לשירות), תשע"א-2011 (להלן: כללי המים והביוב). אסביר ואנמק להלן.

17. פרט 11 לתוספת השניה מורה כאמור כי אחת התביעות שניתן להגיש בהן בקשה לניהול תובענה כייצוגית היא: "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר". מהוראה זו עולה לכאורה כאמור, שלא ניתן

להגיש תובענה ייצוגית כנגד רשות על-פי פרט 11 לתוספת השנייה ביחס לסכומים שנגבו על-ידי הרשות בתורת "מחיר". זאת, מאחר והמונחים "מחיר" ו"תשלום חובה" הם מושגים המוציאים על פני הדברים זה את זה, וכפי שנפסק כבר בעבר: "המונחים 'מחיר' ו'תשלום חובה' אינם מתיישבים זה עם זה. מעצם ההגדרה, אין בנמצא 'מחיר' שהוא 'תשלום חובה'" (דברי השופט צ' זילברטל ב-ע"מ 7373/10 לוי נ' מדינת ישראל צבא הגנה לישראל מדור תשלומים, פסקה 29 (13.08.2012) (להלן: עניין לוי) ועיינו גם בפסק דיני ב-ע"מ 2796/13 מגאדבה נ' שירותו בתי הסוהר – מדינת ישראל (06.09.2017) (להלן: עניין מגאדבה)). עם זאת, להשקפתי מסקנה זו איננה הכרחית ככל שמדובר, למשל, בריבית הנדרשת מכוח הוראה שבחיקוק. ארחיב מיד בסמוך.

18. בפסק הדין, נושא הדיון הנוסף, התייחס המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, אמנם בהערת אגב, לפער לכאורה שבין היותם של תשלומי המים "מחיר" לבין האפשרות לתבוע בגינם בגדרי פרט 11 לתוספת השנייה, בצינו כך:

"בהערת אגב אציין, כי בבג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' רשות המים ואח' (2014), קבע בית משפט זה שתשלום בעבור מים הוא בבחינת 'מחיר' ולא 'מס' – כפי שטען המשיב – ואולם אין לכך נפקות מעשית בענייננו, הואיל ועל פי פרט 11, ניתן להגיש תובענה כנגד הרשות בגין גביה בלתי חוקית של סכומים שנגבו שלא כדין 'כמס', אגרה או תשלום חובה אחר'" (ההדגשה במקור – ח"מ).

לעמדתי, בנסיבות ענייננו ובהינתן התכליות העומדות ביסודו של חוק תובענות ייצוגיות, נודעת חשיבות לעמידה זו על כ"ף הדמיון, אשר בה נקט המחוקק ושאותה ציין המשנה לנשיאה בפסק הדין, נושא הדיון הנוסף. אני סבור, כי הגם שבדרך כלל תביעות ההשבה הנכללות בגדריו של פרט 11 לתוספת השנייה הן רק תביעות להשבת מס, אגרה או תשלום חובה (ראו למשל: עניין מגאדבה), ישנם מקרים חריגים, אשר ענייננו נמנה עליהם – שבהם הרציונל העומד בבסיס ההכללה של מסים, אגרות ותשלומי חובה בגדרי פרט 11, תומך גם בהכללת הריבית הנגבית מכוח הוראה שבחיקוק במסגרת פרט 11 הנ"ל. אבהיר להלן.

19. סעיפים 30-33 לכללי המים והביוב מורים כהאי ליסנא:

"30. המועד האחרון לתשלום חיוב שנקבע בהודעת חיוב יהיה אם נשלחה בדואר או על ידי שליח – 18 ימים לפחות ממועד משלוחה לצרכן, ואם נשלחה

באמצעי משלוח אלקטרוני – 15 ימים לפחות ממועד משלוחה לצרכן

31. לא שולם תשלום המגיע לחברה עד מועד החיוב, תיווסף עליו ריבית בשיעור של 4% לשנה, שתצורף לקרן בתום כל רבעון, בחישוב יומי, ממועד החיוב עד תשלומה בפועל או עד תחילת הסדר תשלומים, לפי העניין.

32. (א) חברה רשאית לקבוע הסדר לפירעונו של חוב לתקופה שלא תעלה על 12 חודשים ממועד תחילת ההסדר (להלן – הסדר תשלומים), או לתקופה ארוכה יותר בנסיבות חריגות הנוגעות להיקף החיוב, לאופן היווצרותו או למצבו הכלכלי של הצרכן.

(ב) כל תשלום לפי הסדר תשלומים, ישולם בתוספת ריבית החשב הכללי הידועה במועד הסדר התשלומים, בחישוב יומי, ממועד תחילת ההסדר עד יום תשלומה בפועל.

(ג) על אף האמור בסעיף קטן (ב), תשלום לפי הסדר תשלומים שלא שולם בתוך 15 ימים מהמועד שנקבע לתשלומה, ישולם בתוספת ריבית פיגורים החשב הכללי, בחישוב יומי, ממועד תחילת ההסדר עד תשלומה בפועל.

(ד) לא פרע אדם שני תשלומים לפי הסדר תשלומים שנעשה עמו או לא שילם את החשבון התקופתי השוטף, רשאית החברה לבטל את ההסדר עמו; יתרת החוב שלא שולמה תשולם בתוספת ריבית פיגורים החשב הכללי, בחישוב יומי, ממועד תחילת ההסדר עד תשלומה בפועל.

33. נקבע לצרכן הסדר תשלומים, לא תנקוט נגדו החברה בפעולות גבייה כל עוד עמד בהסדר התשלומים” (ההדגשות שלי – ח”מ).

20. סעיף 39 לחוק תאגידי המים קובע כך:

”(א) חברה תנקוט את האמצעים הדרושים לגביית התשלומים המגיעים לה בעבור השירותים שהיא מספקת וכן הוצאות שהוציאה לפי סעיף 53, ואולם היא לא תהיה רשאית להפסיק או לצמצם את מתן שירותי המים והביוב לצרכן שלא שילם את התשלומים שנדרשו ממנו כדין, אלא על פי כללים שייקבעו לפי סעיף 146.

פקודת המסים (גביה), להוציא סעיף 12 שבה, תחול על תשלומים והוצאות כאמור בסעיף קטן (א) כאילו היו מס כמשמעותו בפקודה האמורה; הוראה זו תחול כל עוד החברה היא חברה בשליטת רשות מקומית, כהגדרתה בסעיף 59(ב)” (ההדגשות שלי – ח”מ).

21. העולה מהמורם לעיל מלמד שלפחות הריבית הנדרשת, או נגבית על-ידי תאגידי המים נחשבת כאילו הינה מס, כמשמעותו בפקודת המיסים (גביה) ולפיכך לכאורה היא באה בגדר פרט 11 לתוספת השנייה. יתכן איפוא, כי לכך התכוון המחוקק שעה שדייק בלשונו וקבע שהתשלומים, אשר בגינם ניתן לתבוע תביעת השבה נגד רשות הם תשלומים שנגבו שלא כדין: "כמס, אגרה או תשלום חובה אחר" (ומשכך גם דיוקן, ברוח זו, של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בפסק הדין, נושא הדיון הנוסף מקובל עליי).

22. נפקות הדברים ברורה – לשיטתי ניתן היה לתבוע בבית המשפט לעניינים מינהליים השבה של הריבית העודפת (על-פי הנטען), זאת מכוח פרט 11 לתוספת השנייה, והסדר החדילה, המוסדר בסעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות, היה חל על העניין, ככל שהרשות הייתה נותנת לגביו הודעת חדילה. כנגד זאת – אם היה מדובר בתביעה על-פי פרט 1 לתוספת השנייה – התובענה הייתה אמורה להיות מוגשת ולהתאשר, אם בכלל (ללא הסדר חדילה), בבית המשפט המחוזי, וכל ההליך, כפי שנוהל, היה תלוי על בלימה (עיינו והשוו: עניין אטל).

הערות נוספות

23. לצד האמור לעיל מתחייבות עוד שלוש הערות במכלול:

(א) הגישה שהציגו נציגי היועץ המשפטי לממשלה על פיה מצופה מהאזרח / הצרכן ובאי-כוחם להתריע על מחדלי הרשות ועל גביה לא מותרת ממניעים אלטרואיסטיים גרידא, ולא לקבל תמורה כלשהי בעבור בדיקתם ומאמצייהם – עומדת בניגוד לרציונל שבבסיס התובענות הייצוגיות ולעמדת הרוב הברורה בעניין פרינר. הנה כי היה ובעקבות פסק דיננו זה – ייזמו גורמי הממשלה, או תאגידי המים והביוב חקיקה כלשהי להטלת חובה של פנייה מוקדמת – ברור הדבר שיהיה מקום להסדיר במסגרת זו אף תמורה הולמת למתריעים ולבאי-כוחם.

(ב) לעתים (רחוקות) ניתן יהיה לתקוף בתובענה ייצוגית תקיפה עקיפה את החלטת הרשות, או את התנהלותה. כך הדבר כאשר מעשה הרשות נגוע בפגם, שתוצאתו בטלות מעיקרא, או מקום שלא פתוחה בפני התובע אפשרות של תביעה ישירה. ראו: רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ (26.04.2010) מפי השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, וכן: ע"א 4291/17 אלפריח נ' עיריית חיפה (06.09.2019).

(ג) יש לאבחן בין התנהלות הרשות ותוצאות פעילותה לבין פעולות הגביה הננקטות על ידה, שהרי באכיפה יכולים לחול כללים שונים מאלו החלים על מקור הזכות של הרשות וחובת האזרח (עיינו למשל: סעיף 39 לחוק תאגידי המים; פקודת המיסים (גביה) ועניין אברהם).

סוף דבר

24. בהתחשב בכל האמור לעיל, ובכפוף להערותיי – הנני מצטרף לתוצאה המוצעת על-ידי חברתי הנשיאה, השופטת א' חיות, וכן להנמקתה המקיפה בכל הקשור בביטול הצורך בפנייה מוקדמת לרשות, קודם להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגדה.

המשנה לנשיאה

הוחלט ברוב דעות (הנשיאה א' חיות והשופטים נ' הנדל, ע' פוגלמן, י' עמית, נ' סולברג ו-ד' ברק-ארוז, כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה ח' מלצר) כי התשלומים מושא ההליך דנן אינם באים בגדר פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, וכי העותר רשאי היה להגיש את ההליך הייצוגי נגד המשיבה על פי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. כמו כן הוחלט ברוב דעות (הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופטים ע' פוגלמן, י' עמית, נ' סולברג ו-ד' ברק-ארוז, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' הנדל) כי אין מקום לקבוע חובת פנייה מוקדמת לרשות טרם נקיטת הליך ייצוגי נגדה לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. לפיכך הוחלט לבטל את פסק הדין מושא הדיון הנוסף כמפורט בפסקה 48(ה) לפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, י"ט בכסלו התש"ף (17.12.2019).

ש ו פ ט

ה מ ש נ ה

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת