

תנ"ג 5278-06-20  
קבוע לדיון ליום 18.11.2020 בשעה 16:00  
לפני כבוד השופט מגן אלטוביה

בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו  
בשבתו כבית משפט לעניינים כלכליים

בעניין:

המבקש:

עדי ליבוביץ, ת"ז [REDACTED]

על ידי ב"כ עוה"ד דן שריזלי ו/או ירון שריזלי ו/או בעצמו  
מרחוב מנחם בגין 7, רמת גן, 5268102  
טלפון 03-6126444; פקסי 03-6126555

- נ ג ד -

המשיבות:

1. עיריית תל אביב-יפו

על ידי עוה"ד מהשירות המשפטי רתם בהרב ו/או ירון מאיר ו/או אליאור רוקח  
מרחוב אבן גבירול 69 (בניין העירייה), תל אביב יפו, 6416201  
טלפון 03-7244267; פקסי 03-5216057

2. מי אביבים 2010 בע"מ, ח"פ 514374099

על ידי ב"כ עו"ד ממושרד נשיץ, ברנדס אמיר, עורכי דין  
מרחוב תובל 5, תל אביב, 6789717  
טלפון 03-6235000; פקסי 03-6235005

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)  
בית קרדן, רחוב מנחם בגין 154, תל-אביב, 6492107, ת"ד 33051  
טלפון 073-3924829/88; פקסי ממוחשב 02-6467863 או 02-6468005

## עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך דנן, מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדה מטעמו בהליך דנן.

מבלי לנקוט עמדה בשאלות השונות שמעלה ההליך שבנדון, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לסוגיה אחת העולה מבקשת האישור, והיא – האם תושב עיר הצורך מים ושירותי ביוב מתאגיד המים והביוב המקומי בתמורה לתשלום תעריף, זכאי להגיש תביעה נגזרת בשם התאגיד נגד העירייה, שהיא בעליו של התאגיד ובפרט בנסיבות שמדובר בהסכם גבייה שאושר כדן (להלן: "שאלת התאמת התובענה לניהול כתביעה נגזרת").

ויובהר, היועץ המשפטי לממשלה מודע להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 4.6.2020<sup>1</sup> ומיום 24.7.2020<sup>2</sup> אולם, כיוון שעמדתו נוגעת לשאלת התאמת התובענה לניהול כתביעה נגזרת, וזו עתידה להידון ביום 18.11.2020, ולאחר שראה כי זכות של מדינת ישראל או עניין ציבורי עלולים להיות מושפעים מהשאלה כאמור או כרוכים בה, אזי עמדתו מוגשת כבר בשלב זה.

<sup>1</sup> לפיה יודיע היועץ המשפטי לממשלה עד ליום 6.9.2020 אם בדעתו להצטרף להליך.

<sup>2</sup> לפיה עמדת היועץ המשפטי לממשלה יכולה להיות מוגשת עד 60 יום מההכרעה בבקשת הסילוק על הסף של בקשת אישור התביעה כנגזרת.

## א. פתח דבר

1. המבקש בהליך, תושב העיר תל אביב-יפו, מקבל שירותי מים וביוב מחברת מי אביבים 2010 בע"מ (להלן: **"התאגיד"** או **"מי אביבים"**). על פי הסכם שנחתם בין התאגיד, עיריית תל אביב-יפו (להלן: **"העירייה"**) ומשרד האוצר ביום 10.1.2010, הוחלט שהעירייה תספק לתאגיד שירותי גביית חובות תמורת סכום שנקבע בהסכם. הסכם זה אושר על ידי הממונה בהתאם להוראות החוק (סעיף 26 לחוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001 [להלן: **"חוק תאגידי מים וביוב"**]).

לטענת המבקש, הסכם גבייה זה אינו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין, המתירות התקשרות עם העירייה למתן שירותי גבייה רק אם זו "יעילה כלכלית", ולטענתו הדברים עולים כדי חלוקת דיבידנד אסורה. בבקשה לאישור התביעה כנגזרת (להלן גם: **"בקשת האישור"**) התבקש בית המשפט הנכבד להצהיר על בטלות הסכם הגבייה מחמת חוסר חוקיות, וכן להורות לעירייה להשיב למי אביבים את כלל התמורה העודפת שקיבלה העירייה מכוח הסכם הגבייה, או לחלופין את הרווח שהרוויחה העירייה כתוצאה מהסכם זה.

2. לטענת המבקש, הוא זכאי להגיש תביעה נגזרת בעילה האמורה על בסיס פרשנות תכליתית של הוראות הדין בנוגע לתביעה נגזרת. לעניין זה מציע המבקש כמה פרשנויות חלופיות: הראשונה, כי יש להכיר בו כ"נושה" ובהעברת כספי הגבייה לעירייה כ"חלוקה" אסורה; השנייה, כי יש להכיר בזכותו כאמור מכוח היקש מזכותו של נושה; והשלישית, כי יש להכיר בזכותו כנושה מכוח היקש מזכותו של בעל איגרת חוב בחברת איגרות חוב להגיש תביעה נגזרת בגין הפרת הוראות החוק בעניין עסקאות עם בעלי עניין. לתמיכה בטענותיו צירף המבקש את חוות דעתה של פרופסור ציפורה כהן, שצורפה לבקשת האישור (להלן: **"חוות הדעת"**).<sup>3</sup>

3. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אף אם נניח לטובת המבקש כי עומדת לו עילת תביעה שעליה יכול הוא לבסס את טענתו, שאלה שהיועץ המשפטי לממשלה אינה נוקט בה עמדה, הרי שבשים לב לתכליות התביעה הנגזרת והזכות להגיש, כפי שנקבעו בחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: **"חוק החברות"** או **"החוק"**) ופורשו בפסיקה – אין באילו מן הפרשנויות המוצעות כדי לבסס את זכותו של המבקש להגיש תביעה נגזרת, כפי שיוסבר להלן.

## ב. התביעה הנגזרת

4. מושכלות יסוד הן כי תביעה נגזרת איננה תביעה של המבקש, אלא תביעה של החברה שבשמה הוא מגיש את הבקשה. התביעה הנגזרת מתאימה **"למקרים חריגים בלבד, שבהם כשלו מנגנוני קבלת ההחלטות בתוך החברה להביא לאכיפה אפקטיבית של זכויותיה, וכן כשל ניסיונם של בעלי המניות להניע את קברניטי החברה להגיש את התביעה"**. מקרים אלה עשויים לקרות כאשר **"הפרטים המאיישים את אורגניה המוסמכים של החברה מצויים**

<sup>3</sup> יצוין כי חוות הדעת הושמטה מהבקשה המתוקנת לאישור התביעה כנגזרת, אשר הוגשה ביום 13.8.2020, בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 15.7.2020.

**במצב המונע את הגשתה של תביעה הפועלת לטובת החברה (וזאת בין אם מחמת ניגוד עניינים, ובין אם מכל טעם אחר המביא את האורגן של החברה לידי שיתוק)**" (ראו תנ"ג [מחוזי מרכז] 35551-06-14 **אמיר אדלר נ' שי לבנת** [פורסם בנבו, 12.02.2015]).

5. במצב בו כשלו האורגנים בתוך החברה לעמוד על זכויותיה, מעניק סעיף 194 לחוק החברות את הזכות להגיש תביעה בשם החברה ל"כל בעל מניה וכל דירקטור בחברה". זכות זו מוגדרת באופן רחב ואינה מוגבלת בעילה כזאת או אחרת. בכך, ממקם חוק החברות את הדירקטור או את בעל המניה כבעל הזכות לפעול בשם החברה, מקום שאכן נמצאים הפרטים המאיישים את אורגניה במצב המונע את הגשתה של תביעה שפועלת לטובת החברה, כאמור.

6. **"הזכות להגיש תביעה נגזרת ניתנה על ידי המחוקק, ברגיל, לבעל מניה או דירקטור, בשר מבשרה של החברה"** (רע"א 8259/17 **צנציפר חברה ליבוא תבואות ומספוא בע"מ נ' א. דורי בניה בע"מ** [פורסם בנבו 18.1.2018] [להלן: **"פרשת צנציפר"**]). אולם, בנוסף לכך וכחריג צר לכלל האמור, נקבעה בסעיף 204 לחוק החברות זכות נוספת וצרה יותר לנושה של החברה להגיש תביעה נגזרת בעילה של חלוקה אסורה בלבד:

**"204. נושה של חברה רשאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה בשל חלוקה אסורה שבוצעה בחברה ונושה שהוא בעל איגרת חוב בחברת איגרות חוב רשאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה גם בשל אי-קיום הוראות סעיפים 275(ג) ו-(ד), והוראות סימן זה יחולו, בשינויים המחויבים".**

### **ג. חלוקה אסורה וזכותו של נושה להגיש תביעה נגזרת**

7. זכותו של נושה, כפי שנקבעה בסעיף 204 לחוק החברות, מצומצמת אך למקרים שבהם בוצעה בחברה חלוקה אסורה. צמצום זה אינו מקרי, והוא נובע מהעקרון הבסיסי לפיו בחברה בערבון מוגבל, נושים אינם רשאים לרדת לנכסיהם הפרטיים של בעלי המניות, ולכן **"הדין חייב להבטיח כי הקרן היחידה לסיפוק תביעותיהם, הונה העצמי של החברה, לא תדולל שלא כדין"** (דברי ההסבר להצעת חוק החברות, התשנ"ט-1999, בעמוד 100). **"חששם העיקרי של הנושים בהיבט זה הוא, שאחרי קבלת האשראי או יצירת החוב עלולה החברה לדלל את הונה ובכך להגדיל את הסיכון אותו הם נושאים"** (יוסף גרוס **חוק החברות 917 [2016]**). על חשש זה באה להגן הזכות המוקנית בסעיף 204 לחוק.

8. בעיית הנציג בין הנושים לבין בעלי המניות קיימת באופן אינהרנטי כמעט במסגרת חלוקת דיבידנד. הראשונים חוששים מדלדול "כרית הביטחון" שלהם, ואילו האחרונים מעוניינים בקבלת הון לכיסם. מאחר שחלוקה משרתת את בעלי המניות, החוק אינו סומך עליהם כי ימצו את זכויותיה של החברה במקרה של חלוקה אסורה, ומעניק במקומם את זכות התביעה לבעל האינטרס בהשבת הונה של החברה לקופתה – הנושה (ציפורה כהן **"התביעה הנגזרת בדין הישראלי: בחינה ביקורתית"** **קרית המשפט** ו 77, 105 [התשס"ו]). לעניין זה, ראו דבריה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) בעת חקיקת חוק החברות, הגב' דוידה לחמן-מסר בדיון בכנסת:

**"החברה חילקה לבעלי מניותיה דיבידנד והפחיתה את כרית הביטחון, והיא חילקה את זה שלא מתוך הרווחים. היא לא תתבע השבה מבעלי המניות, כי היא ובעלי המניות חד הם. לכן הנושה תובע בשם החברה השבה מבעלי**

המניות על הנכס שניתן להם שלא כדין על ידי החברה" (פרוטוקול מס' 27 משיבת ועדת המשנה של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת לעניין חוק החברות, מיום 23.8.1998, בעמ' 61).

9. ודוק: "נושה אינו פועל לטובת החברה גרידא, ממניעים של השאת רווחיה; הנושה מוטרד מפני חלוקה אסורה, לא מפני שהחברה מפסידה כסף, אלא מפני החשש שמא לא תוכל לשלם לו את חובו" (ראו פרשת צנציפר). על רקע זה עמד בית המשפט העליון על כך ש"אם התובע הנגזר הרגיל עלול למצוא את עצמו בניגוד עניינים מסוים בין טובת החברה שבשמה הוא פועל לבין טובתו-שלו, הרי שהתובע הנגזר הנושה – שאין לו אינטרס אמיתי בהשאת רווחי החברה, אלא בגביית חובו – על אחת כמה וכמה".<sup>4</sup> על בסיס זה כאמור צומצמה זכותו של נושה להגיש תביעה נגזרת בשם החברה למקרי חלוקה אסורה בלבד.

10. אם כן, מי הוא הנושה אשר רשאי להגיש תביעה נגזרת בגדר סעיף 204 לחוק החברות? המונח "נושה" אינו מוגדר בחוק החברות. פרופ' ציפורה כהן מתבססת על כך, כדי להעניק למונח את פרשנותו המקובלת, אשר כוללת, לעמדתה, בסיוע הגדרה מילונית, את מי שתובע חוב שאינו דווקא כספי. כך, מגיעה פרופ' כהן למסקנה כי חבות של חברה להשתמש בכל הכספים שהיא מקבלת כתעריף מים וביוב לרווחת התושבים היא בגדר "חוב" מה שמעלה את התושבים שזכאים לקיומה בגדר "נושים".

11. שאלת פרשנות המונח "נושה" אשר רשאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה נדונה על ידי בית המשפט העליון בפרשת צנציפר. בפרשה זו, עסק בית המשפט העליון בשאלה האם בגדר המונח נכנס גם נושה פוטנציאלי של חברה. בית המשפט קבע כי "אין משמעות הדבר שהמונח 'נושה' אינו סובל, מבחינה לשונית, גם נושה פוטנציאלי, אלא שניתן לצפות שהדבר יאמר במפורש [...] כאשר המחוקק ביקש להרחיב את גבולות הגזרה של המונח, כך שיתייחס גם לנשייה עתידית או מותנית, הוא פרש דבריו באופן ברור".<sup>5</sup> בפסיקה זו ציין בית המשפט שפרשנות שהייתה כוללת בהגדרת "נושה" גם נושה פוטנציאלי הייתה מביאה לתוצאה אבסורדית לפיה "אדם האוחז בפוליסת ביטוח מאת חברת ביטוח, ואין ספק שמכוחה של פוליסה זו יתכן שתצמח לו זכות תביעה נגד חברת הביטוח ביום מן הימים, יהיה רשאי להגיש בשמה תביעה נגזרת בעילה של חלוקה אסורה".<sup>6</sup> בהתאם לכך הובהר, כי בעוד שבעת ביצוע החלוקה יש להתחשב בחבויות קיימות וצפויות, הרי שבדיעבד, בשים לב למאפיינים הייחודיים של התביעה הנגזרת והחשש מפני הרחבה יתרה של מוסד זה, ניתנה הזכות לתבוע בשם החברה בגין כך – רק לנושה ממשי, שחובה של החברה כלפיו הוא ודאי ומגובש.

12. אמנם, לכאורה, עשויה להישמע הטענה כי בשונה מאדם האוחז בפוליסת ביטוח, אשר ייתכן כי תקום לו בעתיד עילת תביעה מכוחה, בענייננו עצם החלוקה האסורה היא שמגבשת את זכותו של התושב לתבוע. זאת, מאחר שבמועד זה מופרת חובת התאגיד לפעול לטובת התושבים, ועל כן, מועד החלוקה הוא שמקים לתושב מעמד של נושה. אולם, בטענה זו טמון עירוב בין מעמדו של נושה לבין מעמדו של בעל מניה, וניסיון שגוי לטעון כי מעמדו של התושבים דומה למעמדו של האחרונים ולא של הראשונים. טיעון זה נדחה בפסיקה קודמת

<sup>4</sup> פרשת צנציפר, בפסקה 14 לפסק הדין.

<sup>5</sup> פרשת צנציפר, בפסקה 15 לפסק הדין.

<sup>6</sup> פרשת צנציפר, בפסקה 17 לפסק הדין.

אשר קבעה כי מעמדו של תושב כלפי תאגיד מים הוא מעמד של לקוח. במובן זה, חובתו של התאגיד כלפיו היא לספק את המוצר או את השירות אליהם התחייב, ולא כפי שנטען בחוות הדעת של פרופ' כהן: "החבות של החברה להשתמש בכל הכספים שהיא מקבלת כאגרות מים וביוב לרווחת התושבים ולשיפור השירותים שהם מקבלים מהחברה ולא להעבירם לעירייה שלא כדין היא בגדר "חוב" שמכניס את התושבים שזכאים לקיומו לגדר "נושים" (סעיף 25 לחוות הדעת). בהתאמה, זכותם להגיש תביעה קמה רק כאשר יכולתו של התאגיד לקיים את התחייבותו ולספק את השירותים נפגעת בשל חלוקה אסורה. זאת, במובחן מבעל מניה, הרשאי להפעיל את זכות התביעה של החברה כלפי כל פעולה עסקית שאינה לטובת החברה או לטובתו.

13. הנה כי כן, בית המשפט העליון הביע דעתו בעבר כי הגדרת המונח "נושה" היא מצומצמת, וכי גם אם מבחינה לשונית היא סובלת הרחבות לכיוונים שונים, הרי שככלל, חזקה על המחוקק כי כאשר התכוון להרחיב את המונח קבע כן במפורש. גם בענייננו עלולה פרשנות רחבה מדי להביא לתוצאה לא פשוטה, לפיה כל לקוח, צרכן, או מושא התחייבות, גם אם לא כספית, של החברה יוכל להגיש תביעה נגזרת בשמה. לקוח של החברה, על אף יחסיו עם החברה, אינו בהכרח עולה בגדר נושה שהוא בעל זכות תביעה נגזרת, אלא כאשר מתגבש כלפיו חוב כאמור.

14. לפיכך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה לא ניתן לראות במבקש כ"נושה" לצרכי סעיף 204 לחוק החברות.

15. היות שלא ניתן לראות במבקש "נושה" כמשמעותו בסעיף 204 לחוק החברות, אזי אין לשיטתו של היועץ המשפטי לממשלה צורך להידרש לשאלה האם ההסכם של מי אביבים עם עיריית תל אביב-יפו מהווה "חלוקה אסורה", וממילא כאמור "המחוקק לא התכוון ליצור סימטריה בין מי שדיני החלוקה האסורה באים להגן על האינטרסים שלו, לבין מי שרשאי להגיש תביעה בשם החברה בגין חלוקה אסורה".<sup>7</sup>

#### **ד. היקש מזכותו של נושה או מזכותו של בעל אגרת חוב להגיש תביעה נגזרת**

16. הטיעון החלופי בחוות הדעת, מבסס את האפשרות להכיר בזכות המבקש להגיש תביעה נגזרת, באמצעות היקש מזכותו של בעל אגרת חוב בחברת אגרות חוב להגיש תביעה נגזרת, בגין הפרת הוראות החוק בכל הנוגע לעסקאות בעלי עניין.

17. יוזכר, כי זכותו של בעל אגרת חוב להגיש תביעה נגזרת נקבעה מאחר ש"הדין אינו מעניק הגנה מספקת מפני פגיעה אפשרית עקב עסקאות עם בעלי שליטה העשויות לפגוע ביכולת התאגיד לפרוע את התחייבויותיו" ו"כדי לאפשר למחזיק אגרת חוב בחברת אג"ח לפקח על קיומן של ההוראות המפורטות לעיל [הוראות בדבר עסקאות בעלי עניין – ש.כ.]. ... בדומה לזכות שיש לנושה להגיש תביעה נגזרת במקרה של חלוקה אסורה".<sup>8</sup> בהתאם לכך, הרי שהרציונל של הענקת הזכות לבעל אגרת חוב, דומה לרציונל הענקת הזכות לנושה.

<sup>7</sup> פרשת צנציפר, בפסקה 18 לפסק הדין.

<sup>8</sup> עמודים 482 ו-495 לדברי ההסבר להצעת חוק החברות (תיקון מס' 17 (ממשל תאגידי בחברת אגרת חוב), התשע"א-2011.

#### 1.ד. לאקונה לעומת שתיקה מדעת

18. בבקשת האישור, הנסמכת על חוות דעתה של פרופ' כהן, נטען כי מהיעדר התייחסות בחוק החברות למקרה של "תאגיד מים בשליטה בלעדית של עירייה שמנצלת את כוחה שלא כדין" יש ללמוד כי אין המדובר בהסדר שלילי, אלא בחסר (לאקונה), וכי החוק טרם הכיר בזכות תביעה לתושבים, מאחר שלא התרחשו מקרים רבים בהם רשויות פעלו בניגוד להוראות החוק, כפי שאירע במקרה זה. עוד נטען, כי על קיומה של לאקונה בהקשר זה ניתן ללמוד מכך שהיעדרה של הסדרה בנושא נוגדת את תכלית החקיקה.

19. מבלי לגרוע מהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 15.7.2020,<sup>9</sup> לעמדת היועץ המשפטי לממשלה דין הטענה להידחות לגופה. סעיף 11 לחוק החברות קובע כי תכליתה של חברה "היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין השאר, את עניניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור". כך, סביב החברה קיימות קבוצות שונות שיש להן אינטרס באופן פעילותה ובהחלטות המתקבלות בה. אף על פי כן, חוק החברות לא העניק לעובדים או לבעלי עניין ציבורי אחר את הזכות להפעיל את זכות תביעתה של החברה, אלא אך ורק לבעלי המניות ולדירקטורים, ובמקרה של חלוקה אסורה, גם לנושים.

20. בשונה מטענת המבקש, אי ההתייחסות ליכולתו של צרכן או לקוח של חברה לתבוע בשמה בתביעה נגזרת, אינה בבחינת לאקונה. כפי שנפסק, "לא כל שתיקה של הסדר נורמטיבי בדבר סוגיה מסוימת מהווה חסר לעניין אותה סוגיה... לעתים השתיקה מהווה 'הסדר שלילי', כלומר השתיקה היא ביטוי לתכלית השוללת הסדר מסוים. זוהי שתיקה 'מדעת'... לעתים השתיקה מהווה חוסר נקיטת עמדה בסוגיה מסוימת, תוך השארת הסדרה למערכות נורמטיביות שמחוץ לאותה נורמה. אך יש שהשתיקה מצביעה על חסר. יוצר הנורמה בנה חומה נורמטיבית אך שכח להשלימה" (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום [1991] בע"מ, פ"ד מט[2] 265 [1995]).

וביתר פירוט, ב"שתיקה מדעת", "המחוקק בחר ביודעין שלא לציין בלשון החוק את אותו עניין שהוא שותק לגביו. המחוקק הניח כי אין צורך לכלול הוראה מפורשת בעניין הנדון, משסבר כי עמדתו ביחס אליו נלמדת באופן משתמע מהטקסט החקיקתי הקיים. במצב זה שתיקת המחוקק אינה חסר בהסדרה, אלא הסדרה משתמעת" (בג"ץ 6301/18 פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים, פס' 31-29 [27.12.2018] [להלן: "פרשת פוזננסקי"]).

לעומתה, לאקונה היא "תקלה חקיקתית" כלשהי כגון שכחה או חוסר תשומת לב, אשר כתוצאה ממנה "התקבל הסדר חקיקתי בלתי שלם... אשר הותרו במתכונתו הקיימת מונעת ממנו להגשים את תכליתו. מצב זה דורש את השלמת החסר בדרך שיפוטית" (פרשת פוזננסקי, פסקה 31). "הבחירה בין שתי האפשרויות האמורות [...] היא בחירה פרשנית הנעשית בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים (רע"א 4990/05 ממון נ' עיריית הרצליה, פסקאות 18-19 (7.10.2009))"

21. בענייננו, כבר בפרשת צנציפר קבע בית המשפט העליון, כי שתיקתו של חוק החברות בנוגע לרוחב המונח "נושה" והיעדר ההכללה של גורמים נוספים שהחברה עשויה לחוב כלפיהם –

<sup>9</sup> כי "בית משפט אינו נזקק לחוות דעת משפטית של הדין בישראל הואיל וזו מומחיותו שלו".

אינה מהווה חסר, אלא שתיקה מדעת. כפי שהובהר לעיל, בית המשפט קבע כי המחוקק צמצם במכוון את זכותו של נושה להגיש תביעה נגזרת בשם החברה.

22. קביעה דומה נעשתה על ידי כבוד השופט י" עמית ברע"א 4958/15 **שירותי בריאות כללית נ' יריב אהרון** (פורסם בנבו, 23.10.2017) (להלן: "**פרשת יריב**"), בה נקבע, כי חבר בקופת חולים אינו יכול להגיש תביעה נגזרת בשמה. למרות הטענה כי חברות בקופת חולים דומה לבעלות במניה, התבסס בית המשפט העליון, בין השאר, על טיב האינטרס של חבר קופת החולים כלפיה והעובדה שהוא דומה יותר לצרכן שירותים או לקוח כדי לקבוע כי לא עומדת לו הזכות להגיש תביעה נגזרת. יפה לענייננו קביעתו של בית המשפט העליון בפסקה 34 לפסק הדין בפרשת יריב, כדלהלן:

**"הבחנה יסודית זו בין מעמדו של בעל מניות בחברה לבין מעמדו של חבר קופת חולים בקופת חולים, ותפישת האינטרס של חבר קופת החולים כצרכן שירותים או לקוח, מאירה את הקושי הטמון בהשוואה בין גופים המספקים שירותים חיוניים כדוגמת בנקים וחברות הביטוח, לבין קופות החולים, בכל הנוגע לאפשרות להגשת תביעה נגזרת.**

**הגורמים היחידים הרשאים, על פי חוק, להגיש תביעה נגזרת בשם גופים דוגמת בנקים וחברות ביטוח אינם הלקוחות שלהם, אלא בעלי המניות והדירקטורים שלהם. ודוק: אין חולק כי גם לקוח הוא בעל אינטרס כלפי החברה, שהרי מטבע הדברים, הוא מעוניין שהחברה תספק לו את השירות/המוצר הטוב ביותר במחיר הנמוך ביותר. אלא שלא די בקיומו של אינטרס כלפי החברה, כדי להקנות זכות להגיש בשמה תביעה נגזרת. לקוח של בנק, הסבור כי הבנק אינו פועל למצות זכות תביעה שלו כנגד צד שלישי, אינו רשאי להגיש בכובעו כלקוח תביעה נגזרת בשם הבנק. הוא הדין לגבי מבוטח כלפי חברת הביטוח, והוא הדין לגבי בעל טלפון סלולרי כלפי חברת הסלולר. היחידים שהמחוקק הפקיד בידיהם את הזכות להגיש תביעה נגזרת נגד חברה, הם בעל מניות ודירקטור."**

23. קביעה זו חלה, מכוח קל וחומר, גם בענייננו, שבו אין מחלוקת כי המבקש הוא לפני הכל לקוח וצרכן של שירותי החברה. אך לאחרונה, בדנ"מ 5519/15 **יוסף אחמד יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ** (פורסם בנבו, 17.12.2019) (להלן: "**פרשת מי הגליל**"), בחן בית המשפט העליון, בהרכב מורחב, את טיבה של מערכת היחסים בין תושב רשות מקומית הצורך שירותי מים וביוב מן התאגיד המקומי תמורת תשלום תעריף, לבין התאגיד עצמו. השאלה שהתעוררה באותו מקרה היא מהי המסגרת המתאימה להגשת תובענה ייצוגית נגד תאגיד מים וביוב, לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. האם מדובר בתביעה לפי פרט 11 לתוספת השניה לחוק, שעניינו "**תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר**", או שמא מדובר בתביעה לפי פרט 1 לאותה התוספת שעניינו "**תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו**".

24. בית המשפט הכריע בפרשה זו, כי תובענה ייצוגית המוגשת על ידי צרכן של תאגיד מים וביוב נגד התאגיד צריכה להתברר על פי פרט 1 לתוספת השניה, וזאת למרות שיש לראות בתאגיד המים והביוב "רשות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות בשל המאפיינים הציבוריים שבפעילותו.

25. קביעה זו הושתה על שני אדנים: האחד, כי את התעריף המפוקח שגובה התאגיד מן הצרכן יש לראות כ"מחיר" (ראו דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוט האזורי בע"מ, פסקאות 22-25 [17.12.2019]). השני, והוא החשוב לענייננו, כי במכלול המאפיינים, יש לסווג את מערכת היחסים בין תושב הרשות המקומית לבין תאגיד המים והביוט כמערכת יחסים עסקית בין עוסק לצרכן:

"האחריות על מתן שירותי אספקת מים והטיפול בביוט הועברה מידו הרשויות המקומיות לידי תאגידי המים והביוט, שהם תאגידי פרטיים, ואף נקבעה הפרדה מוסדית ותקציבית בין הרשות המקומית לתאגיד המים והביוט [...] בבסיס הרפורמה עמדו שני עקרונות: הראשון – עקרון האחידות המבטא שאיפה להאחדת התעריף לצרכנים ברחבי הארץ, והשני – עקרון העלות, אשר הוזכר לעיל, לפיו תעריפי המים והביוט יגלמו את העלות הריאלית הכרוכה באספקתם של שירותי המים והביוט (סעיף 101(א) לחוק תאגידי המים).

סעיף 1(א)(4) לחוק תאגידי המים קובע כי אחת ממטרותיו של החוק היא להביא לניהול עסקי, מקצועי ויעיל של מערכות המים והביוט ברשויות המקומיות. סעיף 1(א)(6) קובע כי אחת ממטרות החוק היא לעודד תחרות במתן שירותים הקשורים במשק המים והביוט ואילו סעיף 1(א)(3) קובע כי אחת מן המטרות היא לאפשר גיוס הון להשקעות במשק המים והביוט, ושיתוף משקיעים פרטיים בבעלות ובחלוקת רווחים...

מטרות אלה שהציב החוק הן בעלות סממנים עסקיים מובהקים ויש בהן כדי ללמד כי תאגידי המים פועלים בגביית תעריפי מים וביוט על דרך העיסוק, תוך השאת רווחים ואף תוך חלוקת דיבידנדים...

העובדה שתעריפי המים והביוט 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...

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

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" (פרשת מי הגליל, בפסקאות 26-29).

26. על בסיס האמור, מובן כי המבקש הוא לקוח של חברת מי אביבים. בהתאם לכך, וכפי שנפסק בפרשת יריב, אין בסיס להכיר בזכותו להגיש תביעה נגזרת נגד החברה.



27. המבקש טוען, כי אין להקיש מפרשת **יריב** לענייננו, זאת, בין השאר, מאחר שלטענתו, בשונה מקופות חולים, החוק אינו מייצר פיקוח ובקרה על תאגידי מים וביו. כמו כן, נטען, כי בשונה מחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, שקובע סמכות ליועץ המשפטי לממשלה לתבוע בשמה של החברה, בענייננו אין לגורם אחר אפשרות להגיש תביעה לתיקון הנזק שנגרם לחברה.

28. טענה זו אינה יכולה לעמוד. חוק תאגידי מים וביו קובע אסדרה ענפה בכל הנוגע לפעילותם של תאגידי המים והביו, כפי שיוצג בהרחבה להלן. כמו כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הטיעון לפיו בענייננו אין לגורם אחר אפשרות פעולה לתיקון הנזק שנגרם לחברה – שגוי: ראשית, על החברה חלים כללי התביעה הנגזרת הרגילים, כך שדירקטור או נושה שלה הם בעלי הזכות לתבוע בשמה. **שנית**, כאמור וכפי שיפורט להלן, על החברה מופעלים פיקוח ובקרה בדמותו של הממונה על תאגידי מים וביו.

## **2.ד. פיקוח הרשות הממשלתית למים ולביו**

29. אף שמקובלת על היועץ המשפטי לממשלה העמדה לפיה כלי אכיפה פרטיים, דוגמת התביעה הנגזרת, מגבירים את הפיקוח הנדרש על חברות ומורידים מנטל האכיפה הרגולטורי, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי מקום שמתבצעת אכיפה רגולטורית, יש חשיבות נורמטיבית פחותה להרחיב את הזכות להגיש תביעה נגזרת על דרך היקש. בדומה לכך, גם בפרשת **יריב** נקבע, כי לחבר קופת חולים אין זכות להגיש תביעה נגזרת בשמה, בין השאר, בשל קיומה של מערכת האסדרה על קופות חולים (ראו פרשת **יריב**, פסקה 37 לפסק הדין).

30. הדברים נכונים גם במקרה שלפנינו: חוק תאגידי מים וביו קובע אסדרה מקיפה להקמתם ולפעילותם של תאגידי המים והביו, ובכלל זה את חובת הקמתם ואת דרך הקמתם של תאגידי מים וביו, את המטרות שלשמן הוקמו, את חובותיהם וסמכויותיהם, את משטר הרישוי שיחול עליהם, את המשטר התאגידי הנוגע לפעילותם, את הפעולות המותרות להם ועוד שורה ארוכה של הסדרים מחייבים. עוד קובע חוק תאגידי מים וביו כי הרשות הממשלתית למים ולביו תפקח על פעילותם של תאגידי המים והביו, ותבטיח כי שירותי המים והביו יהיו ברמות שירות, איכות ואמינות נאותות, ובמחירים סבירים, על פי עקרון העלות המוכרת (סעיף 80 לחוק תאגידי מים וביו). זאת ועוד, חוק תאגידי מים וביו מסמיך את הרשות לקבוע, בין היתר, אמות מידה למתן השירות על ידי החברות, לפקח על מילוי חובותיו של התאגיד, לקבוע כללים לחישוב עלות השירותים שעל התאגיד לתת וכללים בדבר תשלומים ותעריפים, וכן לבצע בקרת עלויות של החברות (סעיף 81א) לחוק תאגידי מים וביו).

31. עוד קובע חוק תאגידי מים וביו, כי מנהל הרשות ימנה מבין עובדי הרשות **"ממונה על ענייני החברות לשירותי מים וביו"** [סעיף 110א) לחוק תאגידי מים וביו]. הממונה הוא הגורם המוסמך לתת רישיון לתאגיד מים וביו, להחליט בבקשות לאישור הסכם בין רשות מקומית לבין חברה, או בין ספק שירותי ביו לבין חברת ביו, להחליט בבקשות הטעונות את אישורו, לעקוב אחר פעילות התאגידיים ועמידתם בתנאי הרישיון ואמות המידה ועוד. לממונה ולמועצת הרשות, לפי העניין, נתונים גם כלי פיקוח ואכיפה נוספים. כך למשל, סעיף 21א לחוק תאגידי מים וביו מסמיך את מועצת הרשות לקבוע כללים לעניין מתן רישיונות, קביעת תנאים בהם ושינויים, ובכלל זה ביטול רישיונות והגבלתם והבטחת האיתנות הפיננסית של חברה והתנהלותה הנאותה. סעיפים 115-117 לחוק תאגידי מים וביו מקנים לממונה

שורת סמכויות לפקח על ניהולה התקין של החברה ועל מילוי חובותיה, לרבות מתן צו על תיקון פגמים ומינוי מנהל מיוחד.

32. לענייננו, רלוונטי במיוחד סעיף 26 לחוק תאגידי מים וביוב, המסדיר את אפשרותו של תאגיד מים וביוב להתקשר עם רשות מקומית, ובכלל זה התקשרות לצורך מתן שירותי גבייה. בהתאם לכך, התקשרה מי אביבים עם עיריית תל אביב לצורך מתן שירותי גבייה. הסכם זה אושר – בהתאם להוראות החוק – על ידי הממונה, כאמור לעיל.

33. סעיף 26 לחוק תאגידי מים וביוב תוקן במרוצת השנים, וכיום נקבע במסגרתו כי **"חברה לא תתקשר בעסקה עם רשות מקומית שבתחומה היא פועלת אלא מטעמים של יעילות כלכלית לחברה ושיפור השירות לצרכנים, ובלבד שהעסקה היא אחת מאלה המנויות בפסקאות שלהלן והתקיימו התנאים הקבועים בהן לגבי העסקה"**. בהמשך מגדיר סעיף 26 **"התקשרות לקבלת שירותי גבייה מאת הרשות המקומית, לפי כללים שקבעה המועצה ובאישור הממונה מראש ובכתב"** – כהתקשרות מותרת. עם זאת, יודגש כי במועד חתימת ההסכם נושא הליך זה, לא כלל הסעיף תנאי שעניינו דרישה כי העסקה תיעשה **"מטעמים של יעילות כלכלית לחברה ושיפור השירות לצרכנים"** או תנאי דומה לו (נוסח סעיף 26[ב] לחוק תאגידי מים וביוב נכון להיום).

34. מכל מקום, בעקבות תיקון הסעיף הותקנו מכוחו כללי תאגידי מים וביוב (התקשרות חברה עם רשות מקומית לביצוע גבייה), התשע"ד-2014 (להלן: **"הכללים"**). הכללים נועדו להבטיח כי התקשרות עם רשות מקומית לרכישת שירותי גבייה תהיה כלכלית, תדמה תנאי שוק ותמנע את אפשרת הניצול של התאגיד בידי בעל המניות. היות שבזמן התקנת הכללים חלק מהתאגידים כבר היו קשורים בהסכמי גביה קודמים, כמו במקרה של תאגיד מי אביבים נושא הליך זה, נקבעו הוראות מעבר שמטרתן לאזן בין הרצוי לבין המצוי וההסתמכות ההדדית של הצדדים. בענייננו, הוראת המעבר אפשרה לצדדים להסכם להתארגן לסיום או לחלופין לשינוי ההסכם ביניהם ולהתאמתו לכללים, אך קבעה גם תנאים מיטיבים (עיקריים ומשמעותיים) לתקופת הביניים, שיהיו איזון כאמור בין התאגיד לעירייה. יודגש, כי אכן בסמוך לפקיעת הוראת המעבר, ההסכם הגיע לסיומו.

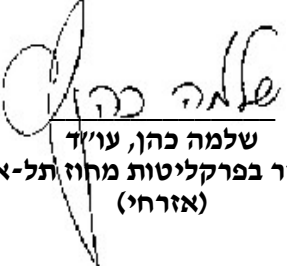
35. הנה כי כן, ההתקשרות בין מי אביבים לבין עיריית תל אביב יפו נעשתה בהתאם לאסדרה המפורטת בחוק תאגידי מים וביוב ובחקיקת המשנה החלה בעניין בשלבים השונים לחיי ההסכם, וקיבלה את אישור הרגולטור הרלוונטי – הממונה על תאגידי המים והביוב. הכללים שנקבעו הסדירו את המשך ההתקשרות ואף קבעו הוראת מעבר, אשר הותנו בהשגת יעדים שייטיבו עם התאגיד. לבסוף ובתום הוראת המעבר, נאכפו הכללים במלואם על התאגיד.

36. המבקש אינו טוען כי ההסכם נעשה בניגוד לחוק או לכללים שהותקנו מכוחו, וממילא לא תקף את הכללים בהליך מתאים ובמועד הרלוונטי. המבקש אף לא פנה במישרין לממונה על תאגידי המים והביוב בעניין נושא ההליך. כפי שנאמר בפרשת **יריב, "מקום בו חבר קופת החולים סבור כי נפלו פגמים בהתנהלותה של קופת החולים הגורמים נזק... פתוחה בפניו הדרך לפנות אל הרגולטור בדרישה כי קופת החולים תפעל כהלכה או תמצה את זכויותיה. אף מובן כי במקרים המתאימים פתוחה בפניו הדרך להשיג על האופן בו הרגולטור הפעיל או נמנע מלהפעיל את סמכותו"**. הדברים נכונים גם בענייננו. טענות המבקש לפנינו, מכוונות עצמן, הלכה למעשה, להחלטות שקיבל הממונה בעניינו של ההסכם ולכללים החלים עליו. המסלול המתאים להעלאת טענות מסוג זה הוא ההליך המינהלי הרלוונטי, לפי העניין, ולא

הליך של תביעה נגזרת. הכרה בזכותו של המבקש להגיש תביעה כאמור, בנסיבות שבהן מדובר בהתקשרות הכפופה לאסדרה בהתאם לחוק תאגידי מים וביוב, תאפשר עקיפה של המסלול המינהלי ותביא לבירור העניין במסגרת דיונית לא מתאימה.

37. בהמשך לכך יוזכר, כי במסגרת דחיית בקשה לאישור תביעה ייצוגית שהגיש המבקש על בסיס עילה דומה, הוסיפה כבוד השופטת מיכל אגמון-גונן כי "בבחינת למעלה מן הדרוש, כי גם אם הייתי סבורה כי בקשת האישור דנן באה בגדרי פרט 11 לתוספת השנייה, הרי שיש גם ממש בטענת המשיבות, לפיה הטענות שהועלו בגדרי בקשת האישור כנגד הסכם הגבייה מהוות, למעשה, תקיפה עקיפה של מעשה מינהלי של רשות המים והממונה, וכל זאת במסגרת תובענה ייצוגית נגד העירייה ומי אביבים. בנסיבות אלה, מדובר בהליך שאינו יכול להתברר נגד מי מהמשיבות במסגרת בקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית" (ת"צ [ת"א] 13076-01-14 ליבוביץ נ' עיריית תל-אביב-יפו [פורסם בנבו, 19.7.2017]).

38. לפיכך, ומשאין התביעה הנגזרת שלפנינו ממלאת "חלל ריק" באכיפה, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין לקבל את הטענה כי ניתן לאפשר למבקש להגיש תביעה נגזרת על דרך של היקש מזכותו של נושה או של בעל אגרת חוב.

  
שלמה כהן, עו"ד  
סגן בכיר בפרקליטות מחוז תל-אביב  
(אזרחי)

היום, כ"ט בחשוון תשפ"א, 16 בנובמבר 2020