

יוסף אחמד יונס

ע"י ב"כ עו"ד סאבר נסאר ועו"ד גרגורי פאוסט קורצ'מני
רחוב ראשי, כפר עראבה 30812
טלפון : 04-6747508, 052-4786412 ; פקס' : 050-8962060

המבקש

-נגד-

1. מי הגליל- תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ

ע"י עו"ד אלי אליאס או עו"ד טל קמר
רחוב ראול ולנברג 22א, בית זמיר (קומה 4) תל אביב 69719
טלפון : 03-5600111 ; פקס' : 03-5600707

2. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה, המחלקה האזרחית
רחוב קריית המדע 5, בניין 3B, קומה 5,
הר חוצבים, ירושלים
טלפון : 02-6362015 ; פקס' : 02-6467038

המשיבים

השלמת טיעון מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מוגשת בזאת השלמת טיעון מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

א. פתח דבר - השאלות שראוי לדון בהן במסגרת הדיון הנוסף

1. הסוגיות שאליהן יידרש היועץ המשפטי לממשלה בהשלמת טיעון זה, יהיו הסוגיות הבאות:

א. חובת הפנייה המוקדמת טרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד רשות.

ב. היקף הפרטים לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן גם, בהתאמה: "התוספת

השנייה" ו-"החוק"), שעליהם חלה חובה הפניה המוקדמת.

היועץ המשפטי לממשלה יטען להלן, שיש להרחיב את תחומי פרישתה של חובת הפנייה המוקדמת, כך שתחול לא רק על בקשה לאישור תובענות ייצוגיות המוגשת נגד רשות, מכוח פרט 11 לתוספת השנייה לחוק¹ כפי שנקבע בפסק הדין, אלא חובת הפנייה תחול גם על בקשות אישור כנגד רשויות, המוגשות מכוח פרטים אחרים לתוספת השנייה לחוק, ובמיוחד כשמדובר בעניין בעל היבטים שלטוניים או מנהליים.

היועץ המשפטי לממשלה אינו מקבל את טענת המבקש, בסעי' 23-24 להשלמת הטיעון מטעמו, ששאלת הפנייה המוקדמת לרשות, טרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, מכוח פרטים לתוספת שאינם פרט 11, אינה חלק מהדיון הנוסף שלפנינו. בניגוד לטענת המבקש, סוגיה זו קיבלה התייחסות בתשובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשה לדיון נוסף² ולהבנתנו, החלטה כב' הנשיאה (בדימוס) על קביעת דיון נוסף "בשאלת חובת הפנייה המקדימה שנקבעה בעניין תובענות ייצוגיות לפי פרט 11..."³, אינה שוללת את ההידרשות לשאלה האם חובת הפנייה המקדימה צריכה להיות מוגבלת לפרט 11, או שמא עליה להשתרע גם על פרטים אחרים לתוספת, כשמדובר בתביעה נגד רשות. גם שיקולי יעילות תומכים בכך, כפי שיפורט להלן.

כפי שיובהר להלן, כאשר מדובר, בפניה המוקדמת טרם הגשת תביעה ייצוגית נגד רשות, בפרטים אחרים מפרט 11, רוב הנימוקים שהציע פסק הדין עצמו כבסיס לחובת הפנייה המוקדמת, יפים גם לתביעות אלה.

ג. שאלת חיוב רשות בתשלום שכר טרחה וגמול, בעקבות פניה מוקדמת שנענתה והשאלה האם קיימת אפשרות להגשת תביעה לבית המשפט, לתשלום שכר טרחה וגמול, כאשר הרשות מסרבת לשלם כאמור. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא (בדומה לעמדת המיעוט בפסק הדין של כב' השופט הנדל), שאין מקום לחייב רשות בתשלום שכר טרחה וגמול, בעקבות פניה מוקדמת שנענתה, ולא ניתן להגיש תביעה לבית המשפט, בגין סירוב רשות לשלם שכר טרחה וגמול, כאמור.

היועץ המשפטי לממשלה יתייחס בעמדתו לשאלה חשובה זו, למרות שזו לא צוינה מפורשות בהחלטת כב' הנשיאה (בדימוס) על עריכת דיון נוסף.

זאת, היות ששופטי הרוב סברו, שקיים קשר מסוים בין חובת הפניה המוקדמת (שהדיון הנוסף נקבע בעניינה), לבין חובת הרשות לשלם (כך, לדעת שופטי הרוב), במקרים המתאימים, שכר טרחה וגמול בעקבות פניה מוקדמת שנענתה³; ועל מנת שככל שבית המשפט הנכבד יראה לנכון לדון בשאלה זו בגדרי הדיון הנוסף, כחלק מהדיון בחובת הפניה המוקדמת עצמה (שבעניינה נקבע הדיון הנוסף), עמדת היועץ המשפטי לממשלה תהיה פרושה בפניו.

¹ להלן: "פרט 11".

² להלן: "תשובת היועץ המשפטי לממשלה". ראו בסעיפים 124-126 לתשובה. התשובה מצ"ב ומסומנת א'.

³ ראו למשל בסעיפים י"ד, מ"ו לפסק הדין העיקרי של כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין. יצוין, שגם המבקש עצמו השעין חלק מטענותיו כנגד חובת הפניה המוקדמת, על הסתייגותו מדעת הרוב, ותמיכתו בעמדת המיעוט של כב' השופט הנדל בעניין. ראו: סעיפים 4, 10, לתגובת המבקש, לתגובות המשיבים לבקשה לדיון נוסף. (להלן: "תגובת המבקש").

כך גם לנוכח העובדה, שכל בעלי הדין בהליך תומכים בעניין זה, בעמדת המיעוט של כב' השופט הנדל⁴ ומשעה שהוחלט על קיום דיון נוסף בסוגיית הפנייה המוקדמת, ולא נקבע בהחלטת כב' הנשיאה בדימוס (כפי שהציע היועץ המשפטי לממשלה⁵), שדעת הרוב (בסוגיית תשלום שכר טרחה לאחר פניה מוקדמת שנענתה) אינה עולה כדי הלכה מחייבת.

- ד. השאלה, האם תובענות ייצוגיות נגד תאגידי מים או רשויות מקומיות, בגין גביית מחירי המים והביוב צריכות להיות מוגשות לפי פרט 11 או לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק (להלן: "פרט 1").
2. היועץ המשפטי לממשלה יבקש מבית המשפט הנכבד, לראות את עמדתו שהוגשה בהליך הערעור⁶ ואת תשובתו לבקשה לדיון נוסף,⁷ יחד עם השלמת טיעון זו, בעמדה אחת שלובה, הממצה את עמדתו בסוגיות הנדונות.
3. היועץ המשפטי לממשלה יראה עתה, לפרט, לנמק, לחדד ולהבהיר את עמדתו בסוגיות שלפנינו.

ב. חובת הפנייה המוקדמת

4. בסוגיית הפנייה המוקדמת, נקבע בסעיף י"ד לפסק הדין כך:

"לשיטתי, לא רק שיש לעודד פניה מקדימה לרשות, אלא הכלל הוא פניה כזאת, בנתון למספר הסתייגויות והערות שיפורטו בהמשך; ולהיעדרה של פניה אמורה להיות השפעה רבה מאוד בנושא הגמול ושכר הטרחה."
5. בסעיף 21 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשה לדיון נוסף הביע הוא את עמדתו, שחובת הפנייה המוקדמת שנקבעה בפסק הדין, וההשפעה הרבה שתהיה להיעדרה של פניה מוקדמת על שכר הטרחה והגמול שייפסקו בהליך, הינה **"הלכה ראויה שבוססה בפסק הדין באופן מפורט ומעמיק והיא גם מיישמת הלכות ודוקטרינות רבות שקנו להן שביתה בפסיקת בית המשפט הנכבד מזה שנים."**
6. ראוי לציין, שלאחר מתן פסק הדין, בית משפט נכבד זה חזר ועמד על חובת הפניה המוקדמת, **במותבים שונים**.⁸
7. דומה, שהיועץ המשפטי לממשלה כבר נתן מענה ממצה לעיקר טענות המבקש בסוגיית חובת הפניה המוקדמת, במסגרת כתבי הטענות הקודמים.⁹ עתה נפנה, לחידוד וליבון מספר עניינים שלא לובנו די הצורך, בכתבי הטענות הקודמים, תוך התייחסות לטענות המבקש בתגובתו לתשובות המשיבים ובהשלמת הטיעון מטעמו, ותוך התייחסות לפסיקה חדשה.

ב.1. טענת המבקש שחובת הפנייה המוקדמת צריכה להיקבע בחקיקה

⁴ ראו: סעיפים 88-86 לבקשה לדיון נוסף; סעיף 109 לתגובת המבקש; סעיף 14 להשלמת הטיעון מטעם המשיבה 1 (להלן גם: "התאגיד"); סעיף 95 לתשובת המשיבה 1 לבקשה לדיון נוסף.

⁵ ראו בסעיפים 74-73, 77, 99 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה.

⁶ להלן: **"העמדה בערעור"**. העמדה מצ"ב ומסומנת ב'.

⁷ תשובת היועץ המשפטי לממשלה מצ"ב ומסומנת א'. זה המקום להעיר, שחלה טעות סופר בהפניות בסעיף 4 לתשובה. ההפניה שם לעמוד 15 לתשובה צריכה להיות לעמוד 17 לתשובה, וההפניה לעמ' 18-19 צריכה להיות לעמודים 20-21 לתשובה.

⁸ ראו: בר"מ 582/15 **יושע נ' עיריית הוד השרון** [פורסם בנבו] (17.8.2015), בסעיף 6 לפסק הדין של כב' הנשיאה חיות (כתוארה כיום); בג"צ 1893/11 **הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה** [פורסם בנבו] (30.8.2015), בסעיפים 85 ו-105 לפסק הדין של כב' השופטת ברק ארז, סעיף 8 לפסק הדין של כב' המשנה לנשיאה (כתוארו היום) מלצר, סעיף 3 לפסק דינו של כב' השופט (בדימוס) זילברטל; רע"א 1621/16 **MEGA נ' זילברג** [פורסם בנבו] (14.6.2016), בסעיף 14 להחלטת כב' הנשיאה חיות; ע"מ 6192/13 **אברהם נ' עיריית טבריה** [פורסם בנבו] (26.2.2017), בסעיף ד' לפסק הדין של כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין. ראו גם: דפנה ברק ארז **משפט מינהלי**, כרך ד', משפט מנהלי דיוני 2017, בעמוד 251.

⁹ ראו: סעיפים 57-26 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה.

8. אחת הטענות המרכזיות של המבקש היא הטענה, שחוק תובענות ייצוגיות באופן מכוון לא קבע חובת פנייה מוקדמת, ועל כן, אין מקום שביהמ"ש יקבע חובה כזו בדרך פסיקתית.¹⁰
9. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לדחות טענה זו. המחוקק לא התכוון לשלול חובת פנייה מוקדמת בנסיבות המתאימות; האדנים שעליהם ביסס פסק הדין את חובת הפניה המוקדמת מוצקים וראויים, במקביל לחובת הפניה המוקדמת שחלה ללא עוררין בהליכים מנהליים רגילים (כגון עתירה לבג"צ), כשגם בהם מדובר בחובה יצייר הפסיקה, שלא נקבעה מפורשות בחוק. נפרט בקצרה.
10. ראשית, נתייחס לכוונת המחוקק. בניגוד לטענות המבקש, אין זה נכון לומר, שהמחוקק לא התכוון לחייב בפניה מוקדמת, טרם הגשת תובענה ייצוגית כנגד רשות.
- אכן, חוק תובענות ייצוגיות אינו כולל הוראות מפורשות וקונקרטיות בנוגע לחובת פנייה מוקדמת, אך אין הדבר נובע מכוונת המחוקק לשלול חובת פניה מוקדמת, אלא מבחירת המחוקק להותיר את שאלת הפניה המוקדמת לשיקול דעתו של בית המשפט, בהתאם לנסיבות המקרה.
11. הדבר עולה ברורות, מעיון בהיסטוריה החקיקתית. ראו בדיון ועדת המשנה לוועדת חוקה חוק ומשפט (שהכילה את חוק תובענות ייצוגיות לקריאה שניה ושלישית) מיום 14.11.05, בעמודים 10-16.
- הועדה דנה שם בסוגיית הפניה המוקדמת, באופן כללי, מבלי להתייחס באופן ספציפי לתביעות ייצוגיות נגד רשויות מנהליות. בדיון נשמעו דעות שונות, ועלו הצעות שונות. בין היתר, היו שהציעו מחד גיסא לדרוש בחוק מיצוי הליכים טרם הגשת תובענה ייצוגית, ומאידך גיסא היו שהציעו היפוכו של דבר, שבחוק יכתב שאי מיצוי הליכים אינו סיבה שלא לאשר הגשת תובענה ייצוגית. בסופו של דבר הוחלט לא להתייחס באופן מפורש לסוגיית הפניה המוקדמת בחוק, לא לכאן ולא לכאן, אלא להותיר את העניין לשיקול דעתם של בתי המשפט. כך, למשל, יו"ר הועדה, חבר הכנסת (דאז) רשף חן דחה הצעה לקבוע בחוק, שהיעדר מיצוי הליכים לא ייחשב לחוסר תום לב: "בית המשפט יצטרך להחליט... אני לא מתערב להם במה זה כן תם לב או לא תם לב." (עמ' 16 לפרוטוקול).
- ובדברי היועצת המשפטית של הועדה (דאז), עו"ד תמי סלע, בעמ' 12 לפרוטוקול:
- "אי אפשר להגיד הכל בחוק. כל דבר שנתקלים בו."¹¹
12. אמנם, במסגרת הדיון בכנסת עלה החשש, שפניה מוקדמת תגרום לנתבעים לסלק את התביעה האישית של התובע המייצג, מבלי לתקן את דרך ההתנהלות ביחס לקבוצה המיוצגת, אך מעבר לכך, עולה מהדיון בכנסת, שהייתה תמיכה לגישה המעודדת פניה מוקדמת. ראו בדברי חבר הכנסת (דאז) רשף חן, יו"ר הועדה, בעמ' 14:
- "צריך להיות מיצוי הליכים לגבי התביעה הייצוגית בשם כלל הקבוצה... מסכים במאה אחוז שזה עדיף על זה שירוצו לבית משפט. מצד שני אני חייב להתייחס לסכנה שהנתבעים ינצלו את ההליך הזה כדי לעשות X על תובעים מייצגים. ולכן מה לא יהווה עילה לאי אישור תביעה ייצוגית? סילוק תביעתו האישית של התובע המייצג, בעקבות פנייה מוקדמת לנתבע המייצג."
13. אם כן, עיון בפרוטוקול הדיון בכנסת מלמד, שלא הייתה כוונה לשלול דרישה לפניה מוקדמת, וודאי שלא ביחס לתובענות ייצוגיות נגד רשויות מנהליות (כאשר הדיון בכנסת נסוב באופן כללי על פניה מוקדמת), אלא בסך הכל מסקנת הדיון הייתה, שסוגיה זו אינה מתאימה להיות מוסדרת במסגרת חוק קשיח, אלא מתאימה יותר להכרעה במסגרת פסיקת

¹⁰ ראו: סעיפים 94-91 לתגובת המבקש; סעיפים 28-36 להשלמת הטיעון מטעם המבקש. בסעיף 25 להשלמת הטיעון אף נאמר שזוהי "הטענה המרכזית של המבקש".

¹¹ ראו גם בדברי חבר הכנסת (דאז) רשף חן, בעמ' 16 לפרוטוקול הדיון: "זה יהיה חוסר תום לב אם נעשה איתם מיצוי הליכים, בלי לגלות שיש תביעה ייצוגית. זה חוסר תום לב."

בתי המשפט, שמטבע הדברים הינה גמישה יותר, ומתחשבת בנסיבותיו של המקרה הפרטני.

14. לאור האמור, הרי, **שההלכה שנקבעה בפסק הדין מתיישבת היטב עם כוונת המחוקק.**

15. כך נראה, גם מתוך עיון במתווה המורכב והמאוזן, שנקבע בפסק הדין לחובת הפניה המוקדמת.

פסק הדין **לא קבע חובה מוחלטת** בדבר פנייה מוקדמת בכל מקרה של הגשת תובענה ייצוגית מנהלית נגד רשות, אלא הכיר בכך שקיימים מקרים, שבהם אין לזקוף לחובת התובע היעדר פניה מוקדמת: כך, במקרים שבהם הפניה המוקדמת לא הייתה מייטרת את ההליך; כך במקרים שפניה מוקדמת הייתה מעלה חשש להיענות סלקטיבית רק כלפי התובע מבלי להחיל את התיקון כלפי כל הקבוצה; וכך במקרים שבהם הפניה המוקדמת לא הייתה מקדמת את טובת הקבוצה. זאת, לצד הכלל הקובע, שלרוב, כן תידרש פנייה מוקדמת טרם הגשת תובענה ייצוגית כנגד רשות.¹²

אם כן, גם לאור המתווה שנקבע בפסק הדין, בדבר כלל בדבר פנייה מוקדמת, שבצידו נקבעו חריגים **בהתאם לנסיבות המקרה**, ולשיקול דעתו של בית המשפט הדין במקרה הפרטני, דומה, **שהדבר מתאים יותר להסדרה במסגרת הפסיקה ולא במסגרת חקיקה קשיחה**. כאמור, הדבר גם **מתיישב היטב עם כוונת המחוקק.**

16. **פסק הדין גם נתן משקל נכבד, לחשש שעלה בדיוני הכנסת**, מפני סילוק התביעה האישית מבלי לדאוג לקבוצה.

פסק הדין קבע, שחובת הפנייה המוקדמת חלה, ככלל, רק ביחס להגשת תביעות ייצוגיות נגד רשויות, ולא ביחס לנתבעים פרטיים, שהרי על הרשות חלה החובה לפעול בשוויון, באופן המסיר לרוב את החשש להיענות פרטנית כלפי התובע המייצג בלבד.¹³ בנוסף, כפי שצוין לעיל בסעיף 15, בפסק הדין נקבע גם ביחס לרשויות, שיהיו מקרים חריגים שבהם לא תידרש פניה מוקדמת, כגון כאשר הנסיבות העלו חשש להיענות הרשות, כלפי התובע המייצג בלבד.¹⁴

17. נוסף על האמור, חובת הפניה המוקדמת **בוססה בפסק הדין על אדנים מוצקים, שקנו להם שביתה בפסיקת בית המשפט הנכבד ואין צדק בטענת המבקש, שהחובה בדבר הפניה המוקדמת צריכה להיקבע דווקא בחקיקה**. היסודות השונים והמגוונים שעליהם בוססה בפסק הדין חובת הפניה המוקדמת, כל אחד בנפרד, וודאי במשולב, מהווים **בסיס ראוי ואיתן לחובת הפניה המוקדמת**, כלפי רשות מנהלית.¹⁵

ראו פלינט, וויניצקי **תובענות ייצוגיות תשע"ח-2017**, בעמ' 574:

"מדובר בתובענה מנהלית לכל דבר ועניין ולכן חלים עליה כל כללי המשפט המנהלי... זו הסיבה לכך שבית המשפט העליון הבהיר בעניין יונס כי חובה להקדים פניה לרשות להגשת תביעת השבה נגדה, בדומה לחובה בעתירות מינהליות ובתובענות מינהליות אחרות..."

ועוד ראו שם בעמ' 585:

"כפי שהטעים המשנה לנשיאה רובינשטיין בפסק דינו, חובת הפנייה המוקדמת מעוגנת היטב בכללי המשפט המנהלי..."

18. חשוב לציין, שחובת הפניה המוקדמת **לא נקבעה בחקיקה גם ביחס להליכים מנהליים צרופים כגון עתירה לבג"צ וגם בהליכים אלה, הדרישה לפניה מוקדמת, שאין עליה עוררין, הינה יציר הפסיקה**.¹⁶ לכן, בוודאי אין מקום לשלול את חובת הפניה המוקדמת בתחום התובענות הייצוגיות המנהליות, מטעם זה.

¹² ראו: סעיפים י"ד, ל"ג, מ"ד, לפסק הדין.

¹³ ראו בסעיף מ"ה לפסק הדין.

¹⁴ ראו בסעיף מ"ד לפסק הדין.

¹⁵ ראו בסעיף 1 לפסק דינו של כב' השופט הנדל בענייננו וכן ראו דפנה ברק ארז **משפט מינהלי**, כרך ד', משפט מינהלי דיוני, בעמ' 251. כן ראו בסעיפים 39-33, 50-47, 71-57 לעמדה בערעור ובסעיפים 6, 14-9, 53-24 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה.

¹⁶ ראו למשל: יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג 2014, עמ' 1682-1685; דפנה ברק ארז, **משפט מינהלי**, כרך ד', משפט מינהלי דיוני, בעמ' 275-277.

2.ב. עיגון חובת הפניה המוקדמת בכללי המשפט המנהלי

19. אחד מהיסודות המרכזיים שעליהם ביסס פסק הדין את חובת הפניה המוקדמת נעוץ בדרישה המקובלת במשפט

המנהלי לפנייה מוקדמת, ובאופי המנהלי של הליך התביעה הייצוגית המנהלית. גם בעמדה בערעור הורחב בדבר.¹⁷ בעניין זה, המבקש טוען עתה (בסעיף 34 להשלמת הטיעון מטעמו), שהאמור בפסק הדין על הדואליות הנורמטיבית החלה על מוסד התובענה המנהלית, ועל המאפיינים המנהליים של התובענה המנהלית, נסוב כביכול על התובענה המנהלית בענייני מכרזים ולא על התובענה הייצוגית המנהלית.

20. טענה זו שגויה ותמוהה, בכל הכבוד, שהרי בסעיף מ"א לפסק הדין נאמר מפורשות:

"חובה כללית להקדים פניה לרשות מוצדקת בעליל מתוך שילוב הסיבות השונות... והן בשל מאפייניה המינהליים של התובענה הייצוגית המוגשת כנגד הרשות- תובענה מנהלית- שמהם ניתן לגזור את חובתו של הפרט למצות הליכים למול הרשות."

וכן ראו בסעיף ל' לפסק הדין:

"עמדנו על אופיה המנהלי של התובענה הייצוגית המוגשת כנגד רשות לפי פרט 11, שמשמעה החלת עקרונות יסוד מן המשפט המנהלי במסגרתה... עיקרון אחד שיש בו כדי להשליך באופן ישיר על ענייננו, הוא חובתו של הפרט במשפט המנהלי ככלל למצות הליכים אל מול הרשות בטרם פניה לבית המשפט..."¹⁸

21. יש לדחות גם את טענת המבקש,¹⁹ שאין מקום לחובת פניה מוקדמת, היות שתקנה 19 לתקנות תובענות ייצוגיות תש"ע-

2010 קובעת, שעל תובענה ייצוגית מנהלית לא יחולו תקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין) התשס"א- 2000 (להלן: "התקנות המנהליות").

כאמור, בפסיקת בית המשפט הנכבד נקבע, שעל תובענות מנהליות חלה דואליות נורמטיבית, כך שחלים עליהן הן כללים מתחום המשפט האזרחי, והן כללים מתחום המשפט המנהלי.²⁰ כך, בנוגע לתובענות מנהליות מכרזיות וכך, ביחס לתובענות מנהליות ייצוגיות, המסווגות כתובענות מנהליות לכל דבר.²¹ ברור, שאין בכך שתקנות בית המשפט לעניינים מנהליים אינן חלות על תובענות ייצוגיות מנהליות, בכדי לשנות זאת. התקנות הללו קובעות הוראות דיוניות שונות, ואין הן קובעות את הכללים המהותיים החלים על הליכים מנהליים. **הכלל המהותי במשפט המנהלי, בדבר חובת הפניה המוקדמת חל על הליכים מנהליים, ובכלל זה גם על התובענה הייצוגית המנהלית.**

עוד יוער, שסעיף 5(ב)6 לתקנות המנהליות הדורש לציין דבר עריכתה של פניה מוקדמת טרם הגשת עתירה מנהלית, אליו מפנה המבקש (בסעיף 33 להשלמת הטיעון) אינו קובע את החובה המהותית בדבר פניה מוקדמת, אלא רק מסדיר את ההתייחסות אליה במסגרת כתב העתירה.

ועוד יובהר, שגם על תובענה מנהלית בענייני מכרזים חלות, ככלל, **תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984** (ראו: סעיף 29 לתקנות המנהליות), וזאת בדומה להוראות סעיף 19 לתקנות תובענות ייצוגיות, בנוגע לתובענה ייצוגית מנהלית, וגם מטעם זה אין בסיס לטענת המבקש, שיש לאבחן ביניהן.

¹⁷ ראו בסעיפים כו-לא לפסק הדין ובסעיפים 59-35 לעמדה בערעור.

¹⁸ הדברים נאמרו מפורשות גם בסעיף כ"ז לפסק הדין.

¹⁹ ראו בסעיפים 36-33 להשלמת הטיעון מטעם המבקש.

²⁰ בנוסף לקביעות פסק הדין שלפנינו שצוטטו לעיל, ראו גם: ע"מ 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון [פורסם בנבו] (2005); ע"מ 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד [פורסם בנבו] (2013).

²¹ ראו בסעיפים 36-35, 38, 49-47 לעמדה בערעור.

22. ולבסוף, הפניית המבקש (בסעיף 35 להשלמת הטיעון) לפסק דין **אסל**,²² אינה רלוונטית. קביעת הנשיא (בדימוס) גרוניס, בסעיף 9 לפסק דינו שם, שעל תובענה ייצוגית מנהלית חלים אותם כללים דיוניים החלים בבית המשפט האזרחי בדונו בתובענה ייצוגית, מכוונת לתחום של סדרי הדין, ואין הדברים מנוגדים כלל לקביעות פסק הדין שלפנינו, **שמבחינת המשפט המהותי, חלים על תובענות ייצוגיות מנהליות, בין היתר, כללי המשפט המנהלי ובכלל זה חובת הפניה המוקדמת**, והכל באופן מותאם להליך התובענה המנהלית שחלה עליו דואליות נורמטיבית.

3.3. טענת המבקש שהסדר החדילה אינו עולה בקנה אחד עם חובת הפניה המוקדמת

23. עוד טוען המבקש, שסעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר לרשות להודיע על חדילה תוך 90 יום מהגשת בקשת האישור ובכך להביא לדחייתה, נועד לשמש **"כתחליף לחובת הפניה המוקדמת לרשות"**.²³

24. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לדחות טענה זו. אדרבה, כפי שנקבע בסוף סעיף מ' לפסק הדין:

"עצם קיומו של 'מוסד החדילה' מחזק לדעתי את הצורך בפניה מוקדמת, שתשיג את החדילה במהרה."

כך, שהרי מוסד החדילה מלמד, שתכלית התובענה הייצוגית המנהלית מתמקדת באכיפת הדין מכאן ולהבא ולא במתן סעד כספי לקבוצה (שהרי בעקבות החדילה, הרשות נפטרת מהשבה).

וכפי שנאמר בסעיף כ"ה לפסק הדין: **"תכליתה המרכזית היא אכיפת הדין ומניעת המשך גבייה בניגוד לחוק, דבר הנלמד במובהק מאפשרות החדילה..."**

ובסעיף ל"ח: **"תכליתן המרכזית היא מנהלית-אכיפתית- האינטרס הראשון במעלה הוא אכיפת החוק ומניעת המשך פעולתה הבלתי חוקית של הרשות... מטרה זו ניתן לעיתים להשיג באמצעות פניה מוקדמת... כנלמד מן ההגנות הנתונות במיוחד לרשות. החדילה, למשל, כל מטרותה לאפשר לרשות לתקן את דרכיה..."**

בסעיף מ"ב, פסק הדין גם נדרש מפורשות לשאלה שציין המבקש, האם הסדר החדילה הקבוע בחוק אינו מיייתר את הדרישה לפניה מוקדמת ומגיע למסקנה, שלצד הסדר החדילה יש לדרוש פניה מוקדמת:

"חרף קיומה בחוק של אפשרות החדילה, המאפשרת שינוי מדיניות הרשות תוך חיסכון משאבים, עדיין מן הראוי שתובע מייצג ובא כוחו יקדימו פניה, משום שעשויה להיות בכך אף תועלת נוספת של פיתרון מהיר... קשה לשער כל עיקר כי העלויות הכרוכות בהתנהלות הצדדים היו דומות לאלה שנשאו בהן עד כה..."

על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שלא זו בלבד שהסדר החדילה הקבוע בסעיף 9 לחוק אינו עומד בסתירה לחובת הפניה המוקדמת, אלא **שהסדר זה אף עומד ביסודה של החובה**. הפניה המוקדמת עשויה להביא לחדילה מהירה ויעילה, תוך חיסכון במשאבים לצדדים ולבית המשפט.

25. טענת המבקש, שהפניה המוקדמת עלולה לגרום להארכת תקופת הגביה שלא כדין (במקרה מסוים שהפניה המוקדמת תידחה לאחר 45 יום, אך לבסוף הרשות תחדול לאחר הגשת בקשת האישור לבית המשפט), אינה סיבה שלא לדרוש פניה מוקדמת, שהרי, במקרים רבים הפנייה עשויה דווקא **לקצר** את תקופת הגביה שלא כדין, ככל, שהפניה המוקדמת תיענה. לכך יש להוסיף גם את **החיסכון במשאבים לכל הצדדים ולמערכת השיפוטית**.

בנוסף, במקרים לא מעטים, הפניה המוקדמת **עשויה להבהיר לפונה שטענותיו בטעות יסודן** ואין כל דופי באופן פעולת הרשות, שגבתה את הכספים כדת וכדין. כך, הפניה המוקדמת תחסוך ניהול הליך משפטי מיותר.²⁴

²² ע"מ 7752/12 **אסל נ' מנהל מקרקעי ישראל** [פורסם בנבו] (2.11.2014).

²³ ראו: סעיפים 88-94 לתגובת המבקש; סעיפים 28-31 להשלמת הטיעון מטעם המבקש.

²⁴ ראו: סעיף ל"ה לפסק הדין; סעיף 6 להחלטת כב' הנשיאה חיות בעניין **יושע**, לעיל, ה"ש 8.

26. זאת ועוד: כפי שצוין בתשובת היועץ המשפטי לממשלה (בסעיף 35), במקרים חריגים, שבהם יתברר שהתנהלותה של הרשות במקרה קונקרטי מסוים הייתה חסרת תום לב, תוך שהרשות ביקשה אך לדחות את הפונה תוך שימוש בגישת "לך ושוב", ולבסוף טענות התובע יתקבלו במסגרת הודעת חדילה או במסגרת פסק דין, בית המשפט ימצא את הדרך לתת ביטוי להתנהלותה זו של הרשות (למשל, במסגרת פסיקת שכר טרחה).²⁵

27. גם טענת המבקש, שהפניה המוקדמת נעשית ללא מעורבות של בית המשפט, בניגוד להסדר החדילה, אינה סיבה לוותר על דרישת הפניה המוקדמת.

בפסק דינו, **בית המשפט נתן דעתו לחשש**, שהנתבע יענה כתוצאה מהפניה המוקדמת כלפי התובע המייצג בלבד, ולא כלפי הקבוצה כולה. בהתאם לחשש זה, נקבע בפסק הדין, שאין מקום לקבוע חובת פניה מוקדמת כלפי נתבעים פרטיים, אלא רק ביחס לרשות מנהלית, שבדרך כלל חשש זה אינו קיים לגביה. ראו בסעיף מ"ה:

"מתוקף תפקידה של הרשות וחובת ההגנות המוטלת עליה, עליה לפעול בשוויון, באופן המסיר במידה רבה את החשש כי תסלק באופן זה את תביעתו הפרטנית של התובע המייצג לבדה והרי עליה להחיל את הפיתרון על כלל חברי הקבוצה הפוטנציאלית. הנחה זו מהווה הצדקה מרכזית להבחנה בין הטלת חובת פניה מוקדמת מקום שהנתבע הוא רשות, לבין נסיבות שבהן הנתבע הוא גוף פרטי, שכן ישויות פרטיות אינן מוחזקות בהכרח כנוהגות בשוויון..."

ועוד: בסעיף מ"ד לפסק הדין נקבע, שעל בית המשפט לברר, האם במקרה הקונקרטי, פניה מוקדמת כלפי הרשות הייתה מעלה חשש להיענות סלקטיבית כלפי התובע בלבד ובמקרה כזה, הימנעות מפניה מוקדמת לא תיזקק לחובתו.

4. טענת המבקש שחובת הפניה המוקדמת פוגעת במערכת התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות

28. בסעיף 95 לתגובת המבקש נטען, שההלכה שנקבעה פוגעת בתמריצים להגשת תביעות ייצוגיות ראויות נגד רשויות, והוא חולק על האמור בכתבי הטענות מטעם היועץ המשפטי לממשלה,²⁶ בעניין זה.

עוד נטען, שחובת הפניה המוקדמת שנקבעה בפסק הדין, כרוכה עם האפשרות שנקבעה בדעת הרוב בפסק הדין, לפסוק שכר טרחה וגמול בקשר עם הפניה המוקדמת, והיות וכל בעלי הדין מסכימים שיש לתמוך בעמדת המיעוט של כב' השופט הנדל השוללת פסיקת שכר טרחה כאמור, הרי שלטענת המבקש, אין תוחלת להלכה בדבר חובת הפניה.²⁷

29. לאחר בחינת הדברים, **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לדחות טענות אלה של המבקש.**

חובת הפניה המוקדמת **אינה פוגעת** במערכת התמריצים להגשת תביעות ייצוגיות ראויות, אלא משתלבת במערכת האיזונים בין התכליות השונות. כפי שיפורט להלן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שצדקה דעת המיעוט של כב' השופט הנדל ואין מקום לפסיקת שכר טרחה וגמול בקשר עם פניה מוקדמת שנענתה, ויחד עם זאת, עדיין, **מערכת התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות ראויות עומדת במקומה**, כפי שקבע כב' השופט הנדל. נפרט בקצרה.

30. ראשית, נראה שהמשאבים והעלויות הנדרשים מהתובע המייצג ובא כוחו לשם הגשת פנייה מוקדמת פחותים משמעותית, בהשוואה להגשת בקשת אישור לבית המשפט, ופסק הדין עמד על כך, בסעיף מ"ב. בעניין זה יצוין, שפניה מוקדמת אינה מחייבת צירוף חוות דעת מקצועית (בניגוד לנדרש, בדרך כלל, מבקשת אישור); התובע המייצג אף אינו מחויב בהכרח, לפרט את כל טענותיו בפניה המוקדמת (בהתאם למה שנקבע בסעיף ל"א בפסק הדין); וכמובן, גם באופן כללי, הפרוצדורה של פניה מוקדמת היא פשוטה ומהירה יותר מהליך בבית המשפט, באופן שכרוך בפחות עלויות. על כן,

²⁵ והשוו בהקשר זה לאמור בסעיף 53 לפסק דין ע"מ 7741/15 **מנירב נ' רשות המיסים** [פורסם בנבו] (22.10.2017).

²⁶ ראו בסעיפים 47-50, 69-72 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה, ובסעיפים 73-90 לעמדה בערעור.

²⁷ ראו בסעיפים 74-78 לתגובת המבקש.

לא נראה שמערכת התמריצים תיפגע מאי פסיקת שכר טרחה, בקשר עם הפניה המוקדמת.

31. שנית, פסק הדין לא קבע חובה מוחלטת, בדבר פנייה מוקדמת בכל מקרה של הגשת תובענה ייצוגית מנהלית נגד רשות, אלא הכיר בכך שקיימים מקרים חריגים, בהתאם לנסיבות המקרה הפרטני וטובת הקבוצה, שבהם אין לזקוף לחובת התובע, היעדר קיומה של פניה מוקדמת.²⁸ זאת ועוד: גם במקרים שבהם נדרשת פניה מוקדמת, אי קיום החובה יבוא לידי ביטוי בעיקר במישור שכר הטרחה והגמול ולא יביא, בדרך כלל, לדחיית בקשת האישור על הסף.²⁹ גם במישור שכר הטרחה עצמו, לרוב, שכר הטרחה והגמול לא יישלל לגמרי בשל היעדר פניה מוקדמת, אלא רק יופחת (סעיף מ"ד לפסק הדין).

גם לאור נקודות אלה, נראה שדרישת הפניה המוקדמת, עם ההגבלות והאיזונים שנקבעו בגדרה בפסק הדין, ובהתחשב בכך שהחובה לא תחול בכל מקרה ומקרה, אינה פוגעת במערכת התמריצים להגשת הליכים ייצוגיים ראויים.

32. שלישית, כפי שעומד על כך כב' השופט הנדל בס' 2 לפסק דינו, הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא מהלך הכרוך מטבעו בסיכונים (לצד סיכויים כמובן). כב' השופט הנדל קובע שם, שנושא התמריץ הינו מורכב, היות שתובעים מייצגים ובאי כוחם פועלים בהגשת תביעות "בשיטת האחוזים" והם מודעים לכך, שלא בהכרח המשאבים המושקעים על ידם יישאו פרי בכל תביעה.

על כן, כפי שקובע כב' השופט הנדל, לא נראה שקיים קושי ממשי בכלל בדבר פנייה מוקדמת, מהבחינה של החשש להיעדר תגמול כלכלי, במקרה שהפנייה תיענה. זהו אחד הסיכונים שהמייצגים לוקחים על עצמם, לצד הסיכון, שהתביעה עצמה תידחה ע"י בית המשפט.

33. רביעית, לאחרונה, תוקנו תקנות בתי המשפט (אגרות) התשס"ז-2007, באופן המטיל אגרות בגין הגשת בקשות לאישור תובענות ייצוגיות.³⁰ בהתאם לתקנות, סכום האגרה שיושת בגין הגשת בקשת אישור כנגד רשות על פי פרט 11 יהיה נמוך יותר, מסכום האגרה שיושת בגין בקשות אישור שיוגשו על פי פרטים אחרים לתוספת השנייה לחוק: סכום האגרה בעניין פרט 11 הועמד על סך של 1794 ₪ בלבד, ואילו סכום האגרה בגין בקשות לאישור תביעות ייצוגיות לפי פרטים אחרים לתוספת השנייה לחוק הועמד על סך של 8000 ₪ (בבית משפט שלום) או 16,000 ₪ (בבית המשפט המחוזי), כאשר עם הגשת בקשת האישור ישולם חלקה הראשון של האגרה (3000 ₪ בבית משפט שלום ו-5500 ₪ בבית המשפט המחוזי). סכומי האגרות נקבעו, כך, שלא תהיה הכבדה על התובעים המייצגים, בהגשת בקשות אישור נגד רשויות, ואדרבה, סכום האגרה שנקבע בעניינה של תביעה לפי פרט 11 הינו נמוך יותר, לעומת תביעות לפי פרטים אחרים, כאמור. גם מטעם זה, לא נראה שיש ממש בטענה, שחובת הפניה המוקדמת תפגע במערכת התמריצים, להגשת תביעות ראויות נגד רשויות.

34. חמישית, יש בפנייה מוקדמת כדי לקדם יעילות דיונית ובכלל זאת לחסוך פניה לערכאות, היכן שאין צורך בדבר. למעשה, התועלת שיכולה לצמוח – לתובעים מייצגים, לקבוצה המיוצגת, לבית המשפט ולאיינטרס הציבורי – מהפניה המוקדמת עולה כמה מונים על הטרחה שבדבר. אם היא תיענה – אדרבה. בכך באה התכלית הציבורית העומדת בבסיס ההליך הייצוגי על סיפוקה אף שעה אחת קודם; ולא – ממילא פתוחה בפני הפונה הדרך לפנות לבית המשפט.

35. לאור כל האמור, אין לקבל את טענת המבקש, שככל שבדיון הנוסף ייקבע, שיש לאמץ את דעת המיעוט של כב' השופט הנדל (שבה תומך היועץ המשפטי לממשלה), שאין מקום לתשלום שכר טרחה וגמול בעקבות פניה מוקדמת שנענתה, הרי

²⁸ ראו לעיל בסעיף 15 וראו בסעיפים י"ד, ל"ג, מ"ד, לפסק הדין.

²⁹ ראו בסעיפים כ"ז, מ"ד לפסק הדין. וראו עוד להלן בסעיפים 57-60, שם נדון במפורט בשאלה זו של השלכות הפרת חובת הפניה המוקדמת.

³⁰ ראו: תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון) התשע"ח-2018, ק"ת 7980, 8.4.2018, בעמוד 1748. תחילתן של התקנות – 30 ימים מיום פרסומן. (סעיף 7(א) לתקנות).

שאינן מקום להותרת חובת הפנייה המוקדמת על כנה.

לאור כל ההסברים שפרטנו, הרי שנראה, שמערכת התמריצים לא נפגעה, גם לפי הגישה שלא יינתן שכר טרחה וגמול בעקבות פניה מוקדמת שנענתה. ודוק: כב' השופט הנדל הצטרף לדעת כב' השופטים רובינשטיין ומלצר בדבר חובת הפנייה המוקדמת, למרות שקבע, שאין בסיס בדין, לחיוב רשות בתשלום שכר טרחה וגמול, בעקבות פנייה מוקדמת שנענתה. הרי, שהדברים אינם כרוכים בהכרח, כפי שטוען המבקש.

36. לבסוף נעיר, ולו בבחינת למעלה מהנדרש, שאפילו אם היינו מניחים שחובת הפניה המוקדמת כרוכה בפגיעה מסוימת במערכת התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות, הרי שלנוכח העובדה, שלכל היותר מדובר בפגיעה מוגבלת, שאינה חותרת תחת מערכת התמריצים ותכליות החוק בכללותם, הדבר אינו יכול להצדיק את ביטול ההלכה שנקבעה, גם בהתחשב בטעמים הרבים וביתרונות הרבים של הפניה המוקדמת המפורטים בפסק הדין, שבוודאי גוברים במובהק. כך גם, ידם של החיסכון במשאבים לכלל המערכת השיפוטית, וטובת הקבוצה שתתממש במהרה כתוצאה מהפניה המוקדמת (במקרים שבהם הפניה תימצא כמוצדקת), על העליונה. וכפי שנאמר בסעיפים מ-מ"א לפסק הדין:

"האינטרס הציבורי שבסיועו של מוסד התובענה הייצוגית ובוודאי כשהמדובר ברשות גובר על כל אלה ואף במובהק... חרף העלויות המתוארות, חובה כללית להקדים פניה לרשות מוצדקת בעליל מתוך שילוב הסיבות השונות...".

5.ב. חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות

37. פסק הדין שלפנינו (בסעיף ל"ב) ביסס את חובת הפניה המוקדמת שנקבעה בפסק הדין, גם על חובת ההגינות שחלה על הפרט, כלפי הרשות המנהלית. גם היועץ המשפטי לממשלה הציע כך בעמדתו בערעור.³¹

38. המבקש חולק על קביעות פסק הדין ועל עמדת היועץ המשפטי לממשלה וטוען, שאין מקום לחייב בפניה מוקדמת, מכוח חובת ההגינות, היות ולטענתו, גישת פסק הדין בנדון "אינה חפה מקשיים". עוד נטען, שבגביה שלא כדין הרשות פעלה בחוסר הגינות, ולכן אין לדרוש חובת הגינות מהפרט.³²

39. בכמה החלטות שיצאו מלפני בית המשפט הנכבד, הותרה שאלת קיומה של חובת הגינות של הפרט כלפי הרשות כשאלה פתוחה, הנתונה ב- "מחלוקת פוסקים", שלא הוכרעה.³³

עם זאת, דומה, שהמגמה המסתמנת בפסיקת בית המשפט הנכבד הינה, להכיר בחובת הגינות כללית שחלה על הפרט כלפי הרשות, כפי שצוין בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בערעור³⁴ וכפי שנקבע גם בפסק הדין שלפנינו.

מכל מקום, לנוכח אותן החלטות של בית המשפט הנכבד, שראו שאלה זו כשאלה פתוחה, ולנוכח האפשרות שביהמ"ש הנכבד יראה לקבוע הלכה פסוקה בנדון במסגרת ההרכב המורחב הדין בהליך שלפנינו, נרחיב בכך קמעא, הן מבחינת השאלה הכללית, והן מבחינת יישום הדברים ביחס לסוגיית הפנייה המוקדמת.

5.ב.1 חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות - בחינה כללית

40. בפסק דין שניתן לפני עשרים שנה בעניין קונטרס,³⁵ קבע כב' השופט זמיר, שחלה על הפרט חובת הגינות כללית כלפי

³¹ ראו בסעיפים 67-71 לעמדה בערעור.

³² ראו: סעיפים 39-42 לבקשה לדיון נוסף; סעיפים 96-97 לתגובת המבקש.

³³ ראו: ע"מ 8329/14 עיריית קרית אתא נ' קורן [פורסם בנבו] (31.5.2016), בסעיף 25 להחלטת כב' השופט פוגלמן; ע"מ 8832/12 עיריית חיפה נ' סלומון [פורסם בנבו] (15.4.2015), בסעיף 41 לפסק דינו של כב' הנשיא גרוניס; ד"מ 1778/15 הראל נ' עיריית רמת גן [פורסם בנבו] (11.6.2015), בסעיף 14 להחלטת כב' הנשיאה (בדימוס) נאור.

³⁴ ראו בסעיף 69 ובהערת שוליים מספר 97 לעמדה בערעור (מצ"ב ומסומנת ב'), שם מפורטת הפסיקה העדכנית, התומכת בהטלת חובת הגינות על הפרט.

³⁵ בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר פ"ד נ"ב (1) 289 (1998).

הרשות. אכן, עמדת כב' השופט זמיר הייתה דעת מיעוט בעניין **קונטרס**³⁶, אולם, בשנים האחרונות, בכמה פסקי דין, הובעה הסכמה עם גישתו של כב' השופט זמיר.³⁷

41. גם פסק הדין שלפנינו המשיך במגמה זו וקבע, שיש להטיל על הפרט חובת הגינות כללית, כלפי הרשות. בסעיף ל"ב לפסק הדין נקבע ש"**מקובל בפסיקה**", כי **"מוטלת גם חובה על הפרט להתנהל בהגינות מול הרשות, אף שהיא פחותה בהשוואה לחובה היתרה המוטלת על הרשות"**. וכן נאמר שם: **"מן הפסיקה עולה כי נטיית בתי המשפט היא לעבר גישתו של השופט זמיר."**

42. לאחרונה, חזר כב' השופט רובינשטיין על הדברים גם בפסק דינו בעניין **אברהם**³⁸ בסעיף ד' לפסק דינו: **"אין זה אך שהרשות חבה חובת הגינות כלפי הפרט, אלא גם מוטלת חובה על הפרט להתנהל בהגינות מול הרשות, אף שחובה זו אינה באותה דרגה..."**

43. נפנה גם לפסק דינו של בית משפט זה בעניין **הראל**.³⁹ ראו בסעיף 7 לפסק דינו של כב' השופט מזוז שם: **"עצם התפיסה בדבר חובת הגינות של הפרט ביחסיו עם הרשות זכתה להכרה רחבה ואף נעשה בה שימוש הלכה למעשה... כשלעצמי אני נוטה יותר לגישתו של השופט י' זמיר, לפיה כשם שקיימת חובת הגינות כללית של הרשות כלפי הפרט, כך קיימת גם חובת הגינות כללית- שונה בהיקפה ובמקורותיה- של הפרט ביחסיו מול הרשות. אני סבור כי קיימת חשיבות במסר הערכי- חינוכי שבקביעה בדבר קיומה של חובת הגינות כללית של האזרח..."**

אמנם, כב' השופט דנציגר שם הביע עמדה אחרת, התומכת בגישת כב' הנשיא ברק בעניין **קונטרס**, שהאזרח כפוף לחובות נקודתיות בלבד כלפי הרשות, ולחובת הגינות כלפיה בנסיבות קונקרטיות, אך לא חלה על הפרט חובת הגינות כללית כלפי הרשות (ראו בסעיף 28 לפסק דינו), אולם עמדה זו נותרה כעמדת יחיד בפסק הדין, כאשר כב' השופטת ברק ארז רק ציינה בהקשר זה (בסעיף 8 לפסק דינה), שחובת ההגינות המוטלת על הרשות היא גבוהה יותר מזו המוטלת על הפרט, אך לא שללה חובת הגינות כללית החלה על הפרט, כלפי הרשות.⁴⁰ גם בהחלטות נוספות של כב' השופטת ברק ארז הביעה היא את תמיכתה, בהטלת חובת הגינות כללית על הפרט, כלפי הרשות.⁴¹

ועוד ראו בדברי כב' השופטת ברק ארז בספרה דפנה ברק ארז **משפט מינהלי**, כרך א' 2010, בעמוד 284: **"הכפפתם של פרטים לחובות הגינות ביחסיהם עם הרשויות מכוח דוקטרינות נוספות, מחזקת את הדעה כי הגיעה העת להכיר בחובת הגינות כזו גם כחלק מן המשפט המנהלי עצמו."** וכן בעמ' 282 שם:

"התפישה לפיה גם הפרט נושא בחובת הגינות כלפי הרשות מכה בהדרגה שורש בפסיקה, אם כי באופן זהיר והדרגתי."⁴²

44. היועץ המשפטי לממשלה תומך במגמת הפסיקה בשנים האחרונות, להכיר בחובת הגינות החלה על הפרט כלפי

³⁶ כאשר כב' הנשיא ברק סבר שם, שאין להחיל חובת הגינות כללית על הפרט כלפי הרשות, אך ייתכנו חובות ספציפיות שיוטלו על הפרט, בהתאם לנסיבות העניין, וכב' השופט חשין, בפסק דינו בעניין **קונטרס**, נקט בגישה מצמצמת אף יותר מזו של הנשיא ברק.

³⁷ ראו באסמכתאות המובאות בהערות שוליים מספר 97, בעמדה בערעור (מצ"ב ומסומנת ב').

³⁸ ע"מ 6192/13 **אברהם נ' עיריית טבריה** [פורסם בנבו] (26.2.2017), בסעיף ד' לפסק הדין.

³⁹ ע"מ 89/13 **עיריית רמת גן נ' הראל** [פורסם בנבו] (24.2.2015). פסק הדין ניתן לאחר הגשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בערעור שלפנינו.

⁴⁰ וראו גם בהחלטת כב' הנשיא (בדימוס) נאור, בעניין דנ"מ 1778/15 **הראל נ' עיריית רמת גן** (לעיל, ה"ש מספר 33) שדחתה בקשה לדיון נוסף על פסק הדין בעניין **הראל**, תוך שנקבע בסעיף 14 להחלטה, שבפסק הדין לא נקבעה הלכה בדבר חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות.

⁴¹ ע"מ 7217/10 **אילנית מרכז לשיקום בע"מ נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (2012), בסעיף 21 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז; ע"א 8189/11 **דיין נ' מפעל הפיס** [פורסם בנבו] (2013), בסעיף 40 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז; ע"א 8958/10 **עיריית רמת השרון נ' טו-מז חברה קבלנית בע"מ** [פורסם בנבו] (2012), בסעיף 16 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז.

⁴² ועוד ראו בדברי כב' השופטת ברק ארז בעמ' 281 לספרה, שם היא מנתחת את המחלוקת העקרונית בין הגישות השונות של השופטים בפסק דין **קונטרס**, לעיל, ה"ש 35, כנובעת מפער בין החשיבה הליברלית, לבין תפישה קומוניטארית, וכן מעלה הצעות נוספות בעניין טיב המחלוקת.

הרשות המנהלית וסבור, שאכן ראוי לקבוע הלכה פסוקה, שהפרט חב בחובת הגינות כללית כלפי הרשות, והגם שמטבע הדברים, חובת ההגינות של הרשות כלפי הפרט הינה רחבה יותר, כפי שנאמר בפסקי הדין שעסקו בעניין זה. **הנימוקים לכך ברורים ונעוצים, בין היתר, בכמה עקרונות:**

ראשית, חובת ההגינות של הפרט נובעת ממסר עקרוני וחינוכי, בדבר קיומה של חובת הגינות המוטלת על האזרח כלפי הרשות (כדבריו של כב' השופט מזוז, בסעיף 7 לפסק דינו בעניין **הראל**⁴³), בין היתר מכוחו של רעיון האמנה החברתית, ולנוכח הזיקה המיוחדת בין הרשויות לאזרחי המדינה ותושביה, שמכוחה הם נהנים מפעולות רבות של הרשויות לטובת האזרחים והתושבים, ומנגד חבים האזרחים והתושבים בחובת נאמנות כלפי הרשויות (כב' השופטת **ברק ארז**, בספרה **משפט מינהלי**, לעיל סעיף 43, בעמ' 286).

שנית, חובת ההגינות מבוססת גם על **הקושי המעשי של הרשויות המנהליות כגופים גדולים**, למלא באופן יעיל את סמכויותיהם, ללא סיוע של האזרחים (ראו בעניין זה גם בסוף סעיף ל"ב לפסק הדין שלפנינו). כמובן, אופן יישומה של חובת ההגינות הכללית של הפרט כלפי הרשות, יושפע מנסיבותיו של המקרה הקונקרטי.

5.2. חובת ההגינות של הפרט כמחייבת פנייה מוקדמת טרם הגשת תובענה ייצוגית כנגד רשות

45. בהנחה, שאכן חלה על הפרט חובת הגינות כללית כלפי הרשות, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שצדק פסק הדין שלפנינו, כאשר אימץ את הצעתו, לבסס את חובת הפניה המוקדמת, בין היתר, על חובת ההגינות.

פסק הדין קובע בסעיף ל"ב, שבנסיבות מסוימות, ניתן לראות בהיעדר פניה מוקדמת כהפרת חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות. פסק הדין מציין, שאמנם ניתן להעלות שאלה האם חובת ההגינות יכולה לבסס חובה אקטיבית בדבר פנייה מוקדמת, אך כב' השופט רובינשטיין בפסק דינו כותב: **"כשלעצמי נוטה אני להשיב על כך בחיוב."** ועוד נאמר בפסק הדין שם:

"בנסיבות של גביה בלתי חוקית לכאורה של הרשות, ההגינות כלפיה תחייב בטרם הגשת תובענה ייצוגית פניה שתיתן הזדמנות לתקן את העוול מבלי הצורך בקיומו של הליך משפטי... את התובענה הייצוגית עיצב המחוקק כמכשיר חברתי... כאשר ניתן להשיג את המטרה החברתית בעלות נמוכה על ידי פניה מוקדמת, אין סיבה שלא לעשות כן." וכן נאמר:

"אחת מן ההנמקות המרכזיות ביסוד הטלתה של חובת הגינות על הפרט כלפי הרשות היא שעל האזרח לסייע לרשות להגשים את יעדה... גם דבר זה תואם לכאורה את הדרישה לפנייה מוקדמת, כדי לאפשר לרשות לתקן את המעוות מבלי הצורך לנהל הליך משפטי."

46. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להצטרף לדברים. כך, במיוחד, לנוכח האופי החברתי והציבורי של מוסד התובענה הייצוגית, התומך באופן מובהק, כפי שצוין בפסק הדין, בהטלת חובה על המייצגים להקדים פניה לרשות, כחלק מחובת ההגינות כלפיה, באופן שעשוי לייתר את הצורך בניהול הליך משפטי ובאופן שיתרום לקיום שלטון החוק על ידי הרשות, במהירות וביעילות.⁴⁴

היועץ המשפטי לממשלה יבקש להוסיף, שדומה שיש מקום לטענה, שחובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות במסגרת תובענה ייצוגית (על כל החובות הכרוכים בה ומוטלים על המייצגים), הינה בעלת משקל מיוחד, אף לפי אותן שיטות, המסתייגות מקביעת חובת הגינות כללית של הפרט כלפי הרשות, בהקשרים רחבים יותר.

⁴³ לעיל, ה"ש 39.

⁴⁴ על האופי של מוסד התובענה הייצוגית ככלי חברתי וציבורי ראו בהרחבה בפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין (בהרכב מורחב) בעניין רע"א 3698/11 שלמה תחבורה נ' ש.א.מ.ג.ר שרותי אכיפה בע"מ [פורסם בנבו] (6.9.2017).

47. עוד נוסף, שהיועץ המשפטי לממשלה סבור, כאמור בסעיף 70 לעמדה בערעור, שמידת הגינות בסיסית דורשת, ככלל, פנייה לרשות לפני הגשת תובענה ייצוגית נגדה, תוך שיתאפשר לרשות לבחון את טענות הפונה ולתקן את דרכיה במידת הצורך. כפי שכתב כב' השופט זמיר: ⁴⁵ "כלל בסיסי זה הוא כל כך פשוט וראוי, עד שקשה להבין מדוע יפנה אדם אל בית המשפט בטענה נגד רשות מנהלית, לפני שפנה אל הרשות עצמה?"

חובת הפנייה המוקדמת לפני פנייה לערכאות יש לה ערך, גם מבחינת מניעת הליכים שיפוטיים מיותרים. פעמים רבות הפנייה המוקדמת יכולה להביא לפתרון הסכסוך, ללא צורך בהליכים משפטיים ותוך חיסכון במשאבים לצדדים ולמערכת השיפוטית כאחד. הימנעות מכך גורמת לבזבוז זמן שיפוטי יקר.

3.5.ב. התייחסות לטענות המבקש בעניין חובת ההגינות

48. עתה, נידרש לטענות המבקש בעניין. כאמור, המבקש טוען, שבגביה שלא כדין הרשות עצמה פעלה בחוסר הגינות, ולכן אין לדרוש בנסיבות אלה חובת הגינות מהפרט, כלפי הרשות.

49. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לדחות טענה זו. אכן, כפי שמוסכם על הכל, אין ספק שחלה על הרשות חובת הגינות כלפי הפרט, וחובת הגינות זו רחבה יותר מחובת ההגינות המוטלת על הפרט.⁴⁶

מכל מקום, העובדה, שעולה טענה בדבר גביה שלא כדין, אינה שוללת את חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות. חזקה על הרשות שהיא פועלת בתום לב, ואינה גובה כספים שלא כדין באופן מכוון. זו אף הייתה אחת ההצדקות שהוטעמה בכנסת, להגנות השונות שנתן חוק תובענות ייצוגיות לרשויות.⁴⁷ רק לאחרונה עמד על כך ביהמ"ש הנכבד, בהקשר דומה:

"עלינו לזכור כי לרשות עומדת החזקה לפיה היא פועלת משיקולים של טובת הציבור ולכן יש לצאת מנקודת הנחה, כי מקום בו התברר לה שפעולותיה אינן חוקיות, תחדל היא מביצוען."⁴⁸

על כן, גם אם מתגלה, שהרשות גבתה כספים שלא כדין, ההנחה היא שהדבר נעשה בתום לב וברור אם כן, שאין עצם הגביה שלא כדין, שולל את חובת ההגינות של האזרח כלפי הרשות.

50. ועוד ייאמר, שבמערכות גדולות דוגמת המנהל הציבורי, טעויות בתום לב, מתרחשות למרבה הצער, בבחינת "לא ניתנה התורה למלאכי השרת".⁴⁹ מובן, שכל עוד בני אנוש הם המשרתים את הציבור בעבודתם, טעויות מתרחשות, והגם שכמובן יש לעשות את המירב על מנת לצמצם את הטעויות, ולתקן כאשר הן מתגלות. ראו גם בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית המשפט הנכבד במסגרת הליך אחר: ⁵⁰ "אין צורך לומר כי אין בתכונותיה של הרשות ובכישוריהם של משרתיו כדי לחשלם בפני אפשרות של טעות שבדין. אין גם צורך לומר כי פעמים רבות אף בית המשפט הנכבד עצמו מתלבט בשאלות שבדין ואף מוצא לשנות מהלכותיו."

כך גם בנוגע לטעויות טכניות שונות, העלולות להתרחש בהיסח הדעת ובתום לב.

51. דווקא משום כך, מתבקש לדרוש מתובעים מייצגים לערוך פניה מוקדמת, טרם הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות, בכדי לסייע לרשות לתקן את טעויותיה המתרחשות כדרכו של עולם, מבלי לגרור אותה להליך משפטי מיותר. ברור גם, שלפרט

⁴⁵ בספרו **הסמכות המנהלית** (כרך ג', 1876), ביחס לעיקרון הפנייה המוקדמת במשפט המנהלי באופן כללי.

⁴⁶ ראו למשל בפסק הדין של כב' השופט זמיר בעניין **קונטרס**, לעיל, ה"ש 35, בעמ' 337.

⁴⁷ ראו בדברי חבר הכנסת (דאז) רשף חן, יו"ר ועדת המשנה שדנה בחוק, בדיון בקריאה שניה ושלישית בחוק במליאת הכנסת, מיום 1.3.06, דברי הכנסת 41(4), עמ' 27857.

⁴⁸ סעיף 53 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר בעניין ע"מ 7762/15 **רשות המיסים נ' מנירב**, לעיל, ה"ש 25.

⁴⁹ השוו תלמוד בבלי, מסכת מעילה, דף י"ד, עמוד ב.

⁵⁰ דנ"א 7398/09 **עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית**, בסעיף 78 לעמדה. העמדה הוגשה ביום 20.7.2010.

יש עדיפות על פני הרשות בעניין זה, שהרי לעיתים, **קל יותר לפרט לגלות טעות שנעשתה בתום לב בעניינו שלו**, לעומת הרשות שעוסקת בעניינם של מיליוני אזרחים נוספים.

52. מובן גם, שאם במקרה קונקרטי מסוים יתברר, שהרשות הפרה את חובת ההגינות שלה וגבתה ביועץ שלא כדין ואף לא נענתה לפנייה מוקדמת שנערכה כראוי, בית המשפט ייתן ביטוי לכך בפסיקת שכר הטרחה והגמול, במידה והתובענה הייצוגית תתקבל. וכפי שנאמר בסעיף 53 לפסק דין **מנירב**, לעיל, ה"ש 25:

"מקרים בהם רשות בוחרת להמשיך בגבייה הלא חוקית מבלי שבדקה כראוי את הטענות נגדה, או חלילה מתוך ידיעה כי היא פועלת בניגוד לחוק... יהיה המשך הגבייה מנוגד לחובת ההגינות המוטלת על הרשות... ייתכן כי חיוב הרשות בהוצאות משפט לטובת מייצגי הקבוצה בשיעור גבוה יותר יהווה פתרון מסוים לכך. הגם שפתרון זה אינו אופטימלי, שכן הנהנים ממנו יהיו מייצגי הקבוצה ולא הקבוצה עצמה, יהיה בו כדי לתרום לטווח הארוך, בדמות הכוונת התנהגותן של רשויות."

מכל מקום, אין בחשש לקיומו של מקרה יוצא דופן כזה, בכדי לשלול את חובת הפניה המוקדמת ביחס לחלק הארי של המקרים, שבהם הרשות נוהגת באופן הגון וסבירה בתום לב שגבייתה הינה כדין, וגם אם בדיעבד ייפסק, שהרשות טעתה בפרשנות הדין.

53. עוד יוער, שבמקרים רבים, מענה הרשות לפנייה המוקדמת דווקא יבהיר לפונה שהטעות ארעה אצלן, ועל כן בוודאי חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות במקומה עומדת. כלומר, במקרים רבים, בירור העניין על ידי הרשות ואו על ידי בית המשפט יגלה שמדובר **בגבייה כדין**. על כן, הנחת המוצא, שביסוד טענת המבקש דין, **שגויה**.

54. ולבסוף, נזכיר שוב, שלצד חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות, **חלה חובת הגינות מוגברת של הרשות כלפי הפרט**. בהתאם לכך, לצד קביעת חובת הפניה המוקדמת, בפסק הדין שלפנינו, **הוטלו חובות על הרשות הציבורית**. כך, למשל, בסעיף מ"ו לפסק הדין נקבע, שעל הרשות להיעתר לפנייה המוקדמת **"במהירות המרבית"**, ובעניין זה יש לנהוג עם הרשות **"במשנה הקפדה"**, שהרי **"טיפול מהיר ויעיל בפניה מוקדמת כאמור... נופל בגדרי חובת ההגינות המוטלת על הרשות"**. עוד נקבע שם, שאם תשתהה הרשות בהיענות לפניה, ורק בעקבות הגשת בקשת אישור לבית משפט הרשות תחדל, יתכן שהדבר יעלה כדי חוסר הגינות ויובא בחשבון בפסיקת שכר הטרחה בהליך.⁵¹ הקפדה זו עם הרשות נומקה בחשש, מהתמשכותה של גבייה שלא כדין (ראו שם בסעיף ל"א לפסק הדין).

מאידך גיסא, **פסק הדין הקל בגדרי הפניה המוקדמת**, המוטלת על התובעים המייצגים, בהשוואה לדרישה לפנייה מוקדמת בהליכים מנהליים צרופים. כך, למשל, נקבע, בסעיף ל"א לפסק הדין, שהתובע אינו נדרש בהכרח, לפרט את כל טענותיו בפניה המוקדמת. עוד נקבע בסעיף מ"ד לפסק הדין, שבניגוד להליכים מנהליים צרופים, שבהם, ככלל, היעדר פנייה מוקדמת מביא לדחיית ההליך על הסף, בעניין של תובענות ייצוגיות נגד רשויות, **"היעדר הפניה לא יגרוור בהכרח את דחייתה של הבקשה לאישור מניה וביה"**, אלא יבוא לידי ביטוי בעיקר במישור שכר הטרחה.

גם חובת הפניה המוקדמת עצמה לא הוטלה באופן קטגורי, אלא פסק הדין הכיר בכך, שקיימים מקרים חריגים, שבהם אין לזקוף לחובת התובע היעדר קיומה של פניה מוקדמת, כפי שפרטנו לעיל.⁵² מכאן תשובה לטענת המבקש (בסעיף 42 לבקשה לדיון נוסף), שחובת ההגינות וחובת הפנייה המוקדמת צריכות להתחשב בנסיבות שונות.

55. הרי, שבניגוד לטענת המבקש, חובת הפנייה המוקדמת אינה מפרה את האיזון הראוי בין חובות הפרט לחובות הרשות, שהרי פסק הדין **איזן באופן זהיר ומידתני**, בין החובות שהטיל על התובע המייצג, לחובות שהטיל על הרשות, באופן

⁵¹ כן ראו בסעיף ל"א לפסק הדין, שם צוין סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות) התשי"ט-1958, שבמסגרתו נדרשת רשות להשיב לא יאוחר מתוך 45 יום מקבלת הפניה. ראו גם בסעיף 1 (א) לפסק דינו של כב' השופט מלצר.

⁵² ראו לעיל, בסעיף 15, וראו בסעיפים י"ד, ל"ג, מ"ד, לפסק הדין. ראו גם בסעיפים 28-29 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה.

השומר על התכליות ועקרונות היסוד הרלוונטיים, ובאופן היוצר איזון ראוי בין חובות הפרט לחובות הרשות.

56. סיכום הדברים בעניין זה: היועץ המשפטי לממשלה סבור, שפסק הדין צדק, כאשר הטיל על התובע המייצג, ככלל, לערוך פניה מוקדמת, טרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד רשות, הן מהטעם הנעוץ בחובת ההגינות הכללית של הפרט כלפי הרשות, והן מהטעמים הרבים הנוספים שפורטו בפסק הדין.

ג. השלכות הפרת חובת הפנייה המוקדמת- האם יש לדחות את בקשת האישור על הסף?

57. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להתייחס כאן, בקצרה, גם לשאלת ההשלכות של הפרת חובת הפנייה המוקדמת.

58. בתשובת היועץ המשפטי לממשלה⁵³, עמד הוא על חוסר בהירות מסוים, לכאורה, בפסק הדין שלפנינו, כאשר, מצד אחד, מסעיפים מסוימים בפסק הדין⁵⁴ עולה, שעל פי רוב, השפעת היעדרה של הפניה המוקדמת תהא במישור שכר הטרחה והגמול, ורק במקרים שבהם העדר הפניה יעלה כדי חוסר תום לב מובהק, הדבר יביא לדחיית בקשת האישור על הסף, ואילו מצד שני, מסעיף אחר בפסק הדין⁵⁵ עולה לכאורה, שדווקא הימנעות מדחייה של בקשת אישור שלא קדמה לה פנייה מוקדמת, היא בבחינת "חריג מובהק".

59. היועץ המשפטי לממשלה ציין בתשובתו, שלעמדתו, ככלל, השלכותיה של הפרת חובת הפנייה המוקדמת, יהיו בעיקר בשדה של שכר הטרחה והגמול. עוד נאמר בתשובה, שיש לאמץ את האמור בסעי' כ"ז ו-מ"ד לפסק הדין ולקבוע, שבדרך כלל, לא יהיה מקום לדחייה על הסף של בקשת אישור, רק מחמת היעדרה של פנייה מוקדמת, כאשר יהיה מקום לשקול דחייה על הסף רק במקרים חריגים, שבהם הדבר יעלה כדי חוסר תום לב מובהק.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה בנדון נובעת, מהקושי הקיים בדחיית בקשת אישור המבוססת לגופה, רק מחמת היעדר פניה מוקדמת, ובהינתן שככלל, יש לתת עדיפות לאינטרס הציבורי בקידום תובענות המבוססות לגופן, על פני ההתעסקות בפגמים דיוניים כאלה ואחרים, שניתן לתת להם ביטוי באופנים אחרים, מאשר על ידי דחיית בקשת האישור על הסף. עמדת היועץ המשפטי לממשלה נובעת גם מאופייה המורכב של התובענה הייצוגית המנהלית,⁵⁶ שחלה עליה דואליות נורמטיבית כך שיש לה הן מאפיינים אזרחיים והן מאפיינים מנהליים, וגם מטעם זה, דינה שונה מהליך מנהלי צרוף (דוגמת עתירה לבג"צ), שככלל, דינו להידחות על הסף, כאשר לא נערכה פנייה מוקדמת.

60. יצוין, שלאחרונה, ניתן פסק דין בהרכב מורחב בסוגיה הקרובה לענייננו, התומך בגישת היועץ המשפטי לממשלה.

הכוונה היא לעניין שלמה תחבורה,⁵⁷ שדן בסוגיית דחיית בקשת אישור, מחמת פגמים במישור תום הלב. בעניין זה נקבע, שיהיה מקום לדחייה על הסף מחמת פגמים במישור תום הלב רק במקרים חריגים של "חוסר תום לב קיצוני", ולאחר שהדבר יישקל "באופן מוקפד ביותר" (סעיף מ"ב לפסק הדין של כב' השופט רובינשטיין), ובדרך כלל על בית המשפט לבחון פתרונות מידתיים יותר מאשר דחיית בקשת האישור (סעיף מ"ט לפסק הדין של כב' השופט רובינשטיין). עוד ראו שם בפסק דינו של כב' השופט פוגלמן שקבע, שיהיה מקום לדחייה על הסף "במקרים חריגים ונדירים" (סעיפים 17, 21 לפסק דינו), וככלל, יש לתת עדיפות לפתרונות אחרים שהחוק נותן (כגון החלפת התובע המייצג ובא כוחו), על פני דחייה על הסף מחמת פגמים במישור תום הלב, היות והנקיטה בפתרונות האחרים "משרתת טוב יותר את תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות ומקדמת את האינטרס הציבורי הכללי" (סעיף 10 לפסק דינו). והכל, כמובן, במידה ובקשת

⁵³ בסעיפים 54-55 לתשובה.

⁵⁴ ראו בסעיפים כ"ז, מ"ד, לפסק הדין.

⁵⁵ ראו בסעיף י"ד לפסק הדין.

⁵⁶ ראו בסעיפים 88-89 לעמדה בערעור, וכן בסעיפים 41-35, 47-50, שם.

⁵⁷ רע"א 3698/11 שלמה תחבורה נ' ש.א.מ.ג.ר [פורסם בנבו] (6.9.2017).

האישור לגופה הינה מבוססת (שם).

כאמור, נראה, שהדברים יפים ונכונים, מאותם טעמים, גם ביחס להפרת חובת הפנייה המוקדמת, כל עוד זו אינה עולה בנסיבות הספציפיות כדי חוסר תום לב חמור. כך, הן לנוכח הקרבה המהותית בין הסוגיות, והן מהטעם שגם חובת הפניה המוקדמת בוססה בפסק הדין שלפנינו, בין היתר, על חובת תום הלב החלה על המייצגים.⁵⁸

ד. האם יש להחיל את חובת הפניה המוקדמת, כלפי תביעות ייצוגיות נגד רשויות, בפרטים אחרים

מפרט 11?

61. כפי שהוסבר לעיל,⁵⁹ היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש מקום לדון בשאלה שבכותרת, בגדרי הדיון הנוסף.
62. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין מקום לצמצם את חובת הפנייה המוקדמת טרם הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות, רק לבקשות אישור המוגשות על פי פרט 11, אלא יש מקום להחיל את החובה גם ביחס לפרטים נוספים לתוספת השנייה, ובמיוחד כאשר מדובר בבקשת אישור הנסבה על פעילות של הרשות שיש בה היבטים מנהליים ושלטוניים, ואף אם לא מדובר בפרט 11. דוגמא לדבר הינה בקשת אישור נגד תאגידי מים, כמקרה שלפנינו.
- גם אם לא מדובר בפרט 11 (ואכן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שלא מדובר בפרט 11, כפי שיפורט להלן), אין ספק, שיש בפעילות התאגידים צדדים מנהליים ושלטוניים (כמפורט בפסק הדין). על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בענייננו, חלה חובת הפניה המוקדמת, למרות שלא מדובר בפרט 11.
63. אמנם, בסעיף כ"ח לפסק הדין נקבע: "הקביעה שלפיה יש להקדים פניה לרשות בטרם הגשת תובענה ייצוגית מכוונת ככלל לתובענה המוגשת על פי פרט 11... ואילו תובענות ייצוגיות המוגשות כנגד הרשות בכובעיה האחרים כגון כעוסק, הנחת המוצא זהה לנסיבות שבהן העוסק הוא גוף פרטי... במקרים כאלה אין אותה חובה כללית להקדים פניה, אף שבית המשפט רשאי בנסיבות מסוימות להתחשב באי פניה".⁶⁰
64. עם זאת, עיון בנימוקים שעליהם השעין בית המשפט הנכבד את חובת הפניה המוקדמת מלמד, שרובם של טעמים אלה יפה, גם ביחס לתובענות ייצוגיות כנגד רשויות, המבוססות על פרטים אחרים מפרט 11.
- במיוחד יש להדגיש את האמור בסעיף מ"ה לפסק הדין:
- "מתוקף תפקידה של הרשות וחובת ההגנות המוטלת עליה, עליה לפעול בשוויון, באופן המסיר במידה רבה את החשש כי תסלק באופן זה את תביעתו הפרטנית של התובע המייצג לבדה, והרי עליה להחיל את הפתרון על כלל חברי הקבוצה הפוטנציאלית. הנחה זו מהווה הצדקה מרכזית להבחנה בין הטלת חובת פניה מוקדמת מקום שהנתבע הוא רשות, לבין נסיבות שבהן הנתבע הוא גוף פרטי, שכן ישויות פרטיות אינן מוחזקות בהכרח כנוהגות בשוויון כלפי כולי עלמא."
- אין צריך לומר, שחזקה על הרשות שהיא פועלת בשוויון, ותיתן מענה לקבוצה כולה ולא רק לפונה הקונקרטי, גם כאשר מדובר בפרטים אחרים מפרט 11.

⁵⁸ ראו בסעיפים ל"ו-ל"ח לפסק הדין.

⁵⁹ ראו לעיל, בסעיף 11.

⁶⁰ בסעיף ל"ח לפסק הדין נקבע באופן כללי לגבי נתבעים שאינם רשויות, שפניה מוקדמת מהווה מידת התנהגות רצויה, בכפוף לנסיבות המקרה, ויתכן, שבנסיבות מסוימות, היעדר פניה מוקדמת יעלה כדי הפרת החובות המוטלות על המייצגים גם בתובענה פרטית. מכל מקום, נאמר, שפסק הדין אינו קובע מסמרות בשאלת חובת הפניה המוקדמת, ביחס לנתבע פרטי.

אם כן, בהתאם לקביעת פסק הדין, שהנחה זו "מהווה הצדקה מרכזית להבחנה בין הטלת חובת פניה מוקדמת מקום שהנתבע הוא רשות, לבין נסיבות שבהן הנתבע הוא גוף פרטי", אך מתבקש, שחובת הפניה המוקדמת תוחל ביחס לרשות, גם בפרטים אחרים מפרט 11.

65. עוד ראו בסעיף ל"ח לפסק הדין המזכיר את הנימוקים של יעילות, חיסכון במשאבים ושמירה על הקופה הציבורית, כמצדיקים את חובת הפניה, והרי הקופה הציבורית היא אותה קופה, גם כשמדובר בפרטים אחרים מפרט 11.

66. גם חובת הפרט לנהוג בהגינות כלפי הרשות, העומדת גם היא ביסוד חובת הפניה המוקדמת (ראו בסעיפים ל"ב, ל"ח, לפסק הדין וראו גם לעיל, בסעיפים 45-55 למסמך זה), חלה גם כאשר מדובר בפרטים אחרים מפרט 11.

67. אמנם, הנימוק המשעיין את חובת הפניה המוקדמת טרם הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות, על סיווגה המנהלי של התובענה ועל הכלל המקובל במשפט המנהלי בדבר פניה מוקדמת, יפה לכאורה, מהבחנה הפורמלית, בעיקר כלפי תובענה מנהלית ייצוגית על פי פרט 11 המסווגת כתובענה מנהלית (ראו בסעיפים ל"ח, כ"ח, ל" לפסק הדין).⁶¹

מכל מקום, עיון ביתר הנימוקים שעליהם נשען פסק הדין מלמד, שהם יפים גם ביחס לתובענות כנגד רשות על פי פרטים אחרים, וכאמור, פסק הדין עצמו קבע (בסעיף מ"ה), שההצדקה המרכזית להבחנה בין רשויות לנתבעים פרטיים, ביחס לחובת הפניה המוקדמת, נעוצה בחזקת הרשות כפועלת בשוויון כלפי הקבוצה כולה, חזקה הנכונה כמובן, גם ביחס לתביעה המבוססת על פרטים אחרים מפרט 11, כנגד הרשות.

68. נימוק נוסף לעמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה, יש להחיל את חובת הפניה המוקדמת גם כלפי תביעות המבוססות על פרטים אחרים מפרט 11, נעוצה בשיקולי יעילות וודאות משפטית.

במקרים רבים, השאלה האם בקשת אישור מסוימת נכנסת לגדר פרט 11 או לא, היא שאלה מורכבת, שהתשובה אליה אינה מובנת מאליה ומעוררת דיונים והליכים ארוכים בערכאות השונות.⁶² עמדה על כך לאחרונה כב' הנשיאה חיות בעניין איגרא,⁶³ בסעיף 3 לפסק הדין:

"המושג 'תשלום חובה', כמו המושגים 'מס' ו'אגרה' המופיעים בפרט 11 לחוק תובענות ייצוגיות לא זכו להגדרה באותו החוק וכבר נפסק כי עובדה זו יוצרת אי בהירות ומוותירה אותם מעורפלים במידת מה באופן המקשה על אפיונם וסיווגם במקרים ספציפיים... קושי זה מגלה עצמו גם במקרה שלפנינו..."

על כן, קביעת פסק הדין, שחובת הפניה המוקדמת חלה רק כלפי בקשות אישור המוגשות מכוח פרט 11 עלולה להביא למצב של חוסר ודאות, כאשר התובע לא ידע, האם חלה עליו חובה לערוך פניה מוקדמת במקרה מסוים, אם לאו. לעומת זאת, ברוב המקרים, מיהותו של הגוף הנתבע כרשות מנהלית הינה ברורה. על כן, קביעה לפיה חלה חובת פניה מוקדמת, גם ביחס לתובענה ייצוגית כנגד רשות על פי פרטים אחרים לתוספת, תיצור יותר וודאות משפטית ויעילות. בנוסף, לעיתים, הפניה המוקדמת והמענה של הרשות לפניה (גם כשהפונה סבור שהעניין חוסה תחת פרט אחר מפרט 11), עשויים לסייע כשלעצמם בסיווג העניין תחת פרט 11, או תחת פרט אחר לתוספת השנייה, ובכך לקדם יעילות.

⁶¹ אמנם, ראו בפסק הדין בעניין ע"א 5110/05 מדינת ישראל נ' שטיינברג [פורסם בנבו] (18.1.2007), בסעיף ו(5) לפסק הדין, שם נאמר, שכאשר מדובר בתביעה אזרחית נגד מעשה מנהלי, "יפה כוחם של מאפיינים מן המשפט המינהלי", כגון השיהוי המנהלי. (הדברים מתייחסים לתביעה אזרחית רגילה). הדברים הוזכרו גם בסעיף כ"ז לפסק הדין שלפנינו.

⁶² נציין כאן דוגמאות ספורות לפסקי דין מהשנים האחרונות, שניתנו בבית משפט זה, ועסקו בשאלת היכנסותה של בקשת אישור מסוימת, לגדרי פרט 11: בר"ם 7302/16 עיריית תל אביב יפו נ' איגרא [פורסם בנבו] (15.3.2018) – גביית קנסות חנייה; ע"מ 7373/10 יוסי לוי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (2012) – טענות בדבר ניכוי פרמיות ביטוח תאונות ממשכורת אנשי קבע בצה"ל; ע"מ 1859/15 קפלן נ' משרד הבריאות [פורסם בנבו] (2016) – תשלום שנגבה על ידי בתי חולים ממשלתיים וצה"ל בגין העתקת רשומות רפואיות; ע"מ 2439/16 שפיר נ' רשות הטבע והגנים [פורסם בנבו] (2017) – תשלום שנגבה על ידי רשות הטבע והגנים תמורת סיוור עששיות; ע"מ 2796/13 מגאדבה נ' שב"ס [פורסם בנבו] (2017) – העמלה הנגבית תמורת הפקדת כספים לחשבונות האסירים בבנק הדואר; ע"מ 7741/15 מנירב נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (22.10.2017) – סיווג ההנחות שנתנה רשות המיסים, בתמורה לשימוש בשירותי מערכת שע"מ.

⁶³ לעיל, ה"ש 62.

69. על כן, היועץ המשפטי לממשלה יבקש מבית המשפט הנכבד לקבוע, שחובת הפניה המוקדמת חלה, גם ביחס לבקשת אישור המוגשת כנגד רשות על פי פרטים אחרים מפרט 11, ובמיוחד כשמדובר בבקשת אישור הנסבה על פעילות של הרשות בעלת היבטים מנהליים-שלטוניים, דוגמת תאגידי המים (כמפורט בפסק הדין).

ה. האם ניתן לחייב רשות בתשלום שכר טרחה וגמול, בעקבות פניה מוקדמת שנענתה, והאם ניתן להגיש תביעה לבית המשפט בעניין זה?

70. בתשובת היועץ המשפטי לממשלה התייחס הוא באופן מפורט לשאלות שבכותרת, וכן התייחס לעמדות השונות של שופטי ההרכב בעניין, בפסק הדין שלפנינו. ראו בסעיפים 62-99 לתשובה.

היועץ המשפטי לממשלה פרש שם את עמדתו כי: "לא קיימת לרשות חובה לשלם שכר טרחה לאחר פנייה מוקדמת שנענתה." (סעיף 65 לתשובה) כך, מכמה טעמים מהותיים ודיוניים, שפורטו בתשובה.

71. עוד הביע היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו, שתביעה לבית המשפט לעניינים מנהליים לתשלום שכר טרחה וגמול, בעקבות פניה מוקדמת שנענתה אינה אפשרית, הן מהטעם, "שהיא אינה כלולה בגדריו של פריט כלשהו בתוספת השנייה לחוק..." (סעיף 89 לתשובה) והן מטעמים דיוניים ומהותיים נוספים, המפורטים בתשובה.

בכך, הביע היועץ המשפטי לממשלה תמיכה בעמדת המיעוט של כב' השופט הנדל בפסק הדין, שקבע: "אם הפניה המוקדמת הביאה להודעת חדילה, נראה כי לא ניתן לפנות עוד לבית המשפט המנהלי בכלל ולקבלת שכר טרחת עורך דין בפרט. כך עולה לדעתי מלשונו והקשרו של הסעיף (סעיף 9 לחוק-י.ש.), שלא רק שאינו מכיר בעילה, אלא מונע את בירורה."

72. היועץ המשפטי לממשלה גם התייחס לעמדת כב' השופט מלצר בפסק דינו, המבסס הגשת תביעה כאמור על סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו בסעיפים 92-98 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה.

היועץ המשפטי לממשלה הסביר את עמדתו לפיה, בכל הכבוד, לא ניתן לבסס על סעיף זה הגשת תביעה לפסיקת שכר טרחה. בין היתר, הפנה היועץ המשפטי לממשלה לסעיף כ"ט לפסק הדין שלפנינו, שם נקבע בפסק הדין עצמו, על דעת כל חברי ההרכב, שסעיף 5(ב)(2) לחוק מאפשר להגיש תביעה ייצוגית כנגד רשות לבית המשפט לעניינים מנהליים, רק כאשר מדובר בתובענה העומדת בגדרי פרט 11, וסעיף זה אינו מהווה עילה עצמאית להגשת תביעה ייצוגית.

73. לא נאריך בכך כאן ונפנה לטענות המפורטות בתשובת היועץ המשפטי לממשלה. נבקש רק לחדד מעט את הטענות העקרוניות בעניין השאלה הנוגעת, לעצם חובת הרשות בתשלום שכר טרחה וגמול, בעקבות פנייה מוקדמת שנענתה. יצוין, שגם יתר בעלי הדין שותפים בעיקרו של דבר, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה ותומכים בעמדת המיעוט של כב' השופט הנדל.⁶⁴

למען הבהירות ונוכח חשיבות הסוגיה, נזכיר בתמצית את הנימוקים שהוצגו בתשובת היועץ המשפטי לממשלה:

- א. היקף המשאבים הנדרש מתובע מייצג ובא כוחו, במסגרת פנייה מוקדמת, נמוך באופן משמעותי, בהשוואה להגשת בקשת אישור לבית המשפט. (כך למשל, לא נדרש לתמוך את הפנייה המוקדמת בחוות דעת תומכת, והתובע אף לא נדרש בהכרח לפרט את כל טענותיו- ראו סעיף ל"א לפסק הדין). פסק הדין עמד על כך, בסעיף מ"ב.⁶⁵
- ב. אי תשלום שכר טרחה, בסיטואציה של פניה מוקדמת שנענתה, אינו צפוי לפגוע במערכת התמריצים להגשת תובענות

⁶⁴ ראו: סעיפים 86-88 לבקשה לדיון נוסף; סעיף 109 לתגובת המבקש; סעיף 14 להשלמת הטיעון מטעם התאגיד; סעיף 95 לתשובת התאגיד, לבקשה לדיון נוסף.

⁶⁵ ראו גם לעיל, בסעיף 30.

ייצוגיות ראויות המקדמות את האינטרס הציבורי, כפי שפורט לעיל בהרחבה. (ראו לעיל, בסעיפים 29-35).

ג. יש לעודד ולהכווין **אזרחות טובה** "לשם שמיים", ולהימנע מהפיכת כל מעשה אלמנטרי של אזרחות טובה, לאמצעי לקבלת תגמול כספי.

ד. אין היגיון בדרישה מהרשות לשלם שכר טרחה, דווקא בהקשר של פניה מוקדמת שנענתה קודם להגשת תובענה ייצוגית נגד רשות, בעוד **ברור לגמרי, שרשות אינה נדרשת לשלם שכר טרחה, למשל, בקשר לפניה שקדמה להגשת עתירה לבג"צ ונענתה**, והרי במקרים רבים, **החשיבות הציבורית של פנייה מוקדמת לפני הגשת עתירה לבג"צ** (למשל) שנמצאה כמוצדקת והביאה לשינוי מדיניות של הרשות, **אינה נופלת מהחשיבות של תובענות ייצוגיות**.

ה. יש לזכור, שהגמול הכספי הינו אמצעי לקידום עניינה של הקבוצה, ואינו תכלית מוסד התובענה הייצוגית.⁶⁶ בהתאם לכך, נקבע בסעיף ל"ז לפסק הדין: **"הימנעות מפניה מוקדמת, בשל החשש לאי פסיקת גמול ושכר טרחה, במקרה שבו היה בפניה כאמור כדי להגשים את טובת הקבוצה, עלולה לעלות כדי חוסר תום לב ואי נאמנות כלפי הקבוצה המיוצגת ואף התנהגות בלתי ראויה למול הנתבע"**.

על כן, במקרה, שפנייה מוקדמת נענתה והביאה לחידלה ללא הגשת תביעה, הרי שהתכלית העיקרית של קידום טובת הקבוצה הושגה במהירות וביעילות, ואין פגם בכך, שהתובע לא יקבל גמול כספי, גם לאור האמור, אודות הנטל הפחות המוטל על התובע בגדרי פנייה מוקדמת, והצורך בהכוונה ציבורית המעודדת "אזרחות טובה".

74. על טעמים אלה, **יבקש היועץ המשפטי לממשלה להוסיף עתה**, שאחד השיקולים המרכזיים שקובע חוק תובענות ייצוגיות בפסיקת שכר הטרחה והגמול נוגע ל **"סיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה הייצוגית..."**⁶⁷ הפסיקה פירשה סיכון זה, כנסב בעיקרו על **החשש של התובע המייצג ובא כוחו, מפסיקת הוצאות לחובתם**, במידה ובקשת האישור תידחה.⁶⁸

ממילא, גם מטעם זה, אין הצדקה לתשלום שכר טרחה וגמול בקשר עם פנייה מוקדמת שנענתה, שהרי **הפניה המוקדמת אינה כרוכה בסיכון כלשהו**, שכן הפונה אינו מחויב על ידי הרשות בהוצאות, גם במקרה שהפניה מתבררת כחסרת בסיס. יש לציין, שלעצם הסיכון (או אי הסיכון) בחיוב בהוצאות **יש משמעות כלכלית ברורה מבחינת התובע**, וגם מחמת כן, **אין מקום לחיוב הרשות בתשלום שכר טרחה וגמול, בקשר לפנייה מוקדמת**.

75. ראו גם את עמדתם של **פלינט וויניצקי**,⁶⁹ הסבורים, שחיוב רשויות בשכר טרחה בעקבות פניה מוקדמת שנענתה, עלול **לפגוע בתימרוץ רשויות להיענות לפניות מקדימות**, במקרים שבהם אי החוקיות אינה ברורה, והדבר עלול לחתור תחת אחת מהתכליות העומדות ביסוד חובת הפניה המוקדמת- חיסכון במשאבים ויתור הליכים⁷⁰:

"עיון מנגנון שכזה עלול להוות תמריץ שלילי לרשות, שלא להיענות לפנייה מוקדמת, למצער במקרים שבהם אי החוקיות אינה ברורה על פניה והרשות שוקלת להפסיק את הגבייה לצורך "קניית סיכון". אם הרשות ממילא תהיה מחוייבת בתשלום גמול ושכר טרחה, אין לה כל סיבה להפסיק את הגבייה מיוזמתה... עד שתוגש התביעה ועד שיחלפו 90 הימים היא תוכל להמשיך את הגביה וליהנות ממנה ולהגיע בדיוק לאותה תוצאה..."

76. היועץ המשפטי לממשלה יציין גם, שבנוסף לכל הנימוקים שפרטנו, **יש להדגיש נקודה יסודית**:

⁶⁶ ראו בסעיפים 75-77 לעמדה בערעור. ראו גם בסעיף כ"א לפסק הדין. עוד ראו בסעיף א' לפסק הדין של כב' השופט רובינשטיין בעניין ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריינר [פורסם בנבו] (4.9.2014). כן ראו בהרחבה ב- רע"א 3698/11 שלמה תחבורה נ' ש.א.מ.ג.ר שרותי אכיפה בע"מ [פורסם בנבו] (6.9.2017), שניתן בהרכב מורחב. ראו גם לאחרונה: ע"א 8550/16 לנואל נ' מאור [פורסם בנבו] (19.3.2018).

⁶⁷ סעיף 22(ב)(1) לחוק, בנוגע לגמול לתובע המייצג וסעיף 23(ב)(2) לחוק, בנוגע לשכר הטרחה לבא כוח המייצג.

⁶⁸ ראו: ע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (27.12.2010), בסעיף 20 לפסק הדין.

⁶⁹ לעיל, סעיף 17, בעמוד 586.

⁷⁰ ראו בסעיפים ל"ה- ל"ח, ובסעיף מ"ו לפסק הדין. ראו גם בסעיף 98 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה.

הדין בישראל אינו מכיר למיטב השגתנו, בחיוב רשות בתשלום שכר טרחה והוצאות, בהקשר כלשהו, ללא קיומו של הליך משפטי וללא מקור נורמטיבי ברור לכך. כך בכלל, כך בנוגע לפנייה מוקדמת הקודמת להגשת עתירה לבג"צ, וכך גם בסיטואציה של פנייה מוקדמת, טרם הגשת תובענה ייצוגית כנגד רשות.

לא מצאנו ולו דוגמא אחת נוספת (למיטב הידיעה), שבה מחויבת רשות לשלם שכר טרחה למאן דהו, ללא קיומו של הליך משפטי. פסיקת שכר טרחה ופסיקת הוצאות מותנית בקיומו של הליך משפטי, ומצויה בסמכותו של בית המשפט. כפי שנאמר בתקנה 511(א) לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984:

"בתום הדיון בכל הליך, יחליט בית המשפט או הרשם, לענין שלפניו, אם לחייב בעל דין בתשלום שכר טרחת עורך דין והוצאות המשפט... לטובת בעל דין אחר, אם לאו."

למיטב ידיעתנו, אין מקור, בחקיקה או בפסיקה (מלבד דעת הרוב בפסק הדין שלפנינו), לחיוב רשות בתשלום שכר טרחה, ללא קיומו של הליך משפטי, בהקשר משפטי כלשהו.⁷¹

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, חיוב כזה דורש מקור נורמטיבי ברור, בחקיקה. וכפי שקבע כב' השופט הנדל בסעיף 2 לפסק דינו: **"שאלה זו למחוקק"**. (וכן ראו בסעיף 3 שם). היועץ המשפטי לממשלה סבור כי מתן שכר טרחה מכספי הרשות הציבורית צריך להיעשות על פי חוק שיקבע את הכללים שבנדון, ועל פי מקור סמכות ברור. על כן, גם מחמת נימוק יסודי זה, סבור היועץ המשפטי לממשלה, בכל הכבוד, שאין לקבל את שיטתם של שופטי הרוב בפסק הדין שלפנינו, אלא יש לאמץ את עמדת המיעוט של כב' השופט הנדל, שאין מקום לחיוב הרשות בתשלום שכר טרחה וגמול, בקשר עם פניה מוקדמת שנענתה.

77. היועץ המשפטי לממשלה גם יבקש לציין, שלאחרונה, בקרב מלומדים, הובעה תמיכה בעמדת המיעוט של כב' השופט הנדל. ראו פלינט ווינצקי, לעיל סעיף 17, בעמ' 585-586:

"עמדת הרוב מעוררת קושי לא מבוטל, ומכמה טעמים: עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק תובענות ייצוגיות והיא אף מנוגדת לו... בתוספת השניה... אין כל עיגון לנקיטת הליך לשם שכר טרחה וגמול בלבד... כל אדם המבקש להגיש עתירה נגד הרשות מכל מין וסוג שהוא, חייב למצות הליכים קודם לכן ואם מתקבלת פנייתו מתייתרת העתירה ובוודאי אין שום זכות לעתור לבית המשפט ולדרוש הוצאות מיוחדות בגין הפנייה המוקדמת... גופים רבים אשר חרתו על דגלם את קידום המנהל התקין עותרים לבית המשפט לעיתים קרובות וגם הם מובילים לעיתים "לתיקון עולם", לא פחות מהתובע הייצוגי. דמו של התובע הייצוגי אינו סמוק יותר מדמם של אותם גופים, כך שאין כל סיבה לאפשר דווקא לו מסלול מיוחד לדרישת גמול ושכר טרחה במקרה שבו פנייתו המוקדמת נענית..."

עיגון מנגנון כזה עלול להוות תמריץ שלילי לרשות, שלא להיענות לפנייה מוקדמת, למצער במקרים שבהם אי החוקיות אינה ברורה על פניה והרשות שוקלת להפסיק את הגבייה לצורך "קניית סיכון"...

מכלול הטעמים דלעיל מביא לטעמנו לכלל מסקנה, שאין מקום לאפשר לתובע ייצוגי לנקוט הליך מיוחד של הגשת בקשה לגמול ושכר טרחה אם פנייתו המוקדמת מתקבלת..."

78. לאור כל הנימוקים שפורטו, כאן ובתשובת היועץ המשפטי לממשלה, יבקש הוא מההרכב המורחב הדין בהליך דנן, לאמץ את דעת המיעוט של כב' השופט הנדל ולקבוע, שאין מקום לחיוב רשות בתשלום שכר טרחה וגמול בקשר עם פנייה מוקדמת שנענתה, וכך גם, אין מקום לאפשר הגשת תביעות לבית המשפט, בקשר עם סירוב רשות

⁷¹ כמובן, גם בהגשת תביעה לבית משפט לקבלת שכר טרחה בהמשך לפנייה מוקדמת שנענתה, אין בכדי להצדיק פסיקת שכר טרחה, וזאת לא רק מחמת היעדר בסיס כלשהו בחוק תובענות ייצוגיות להגשת תביעה כאמור (ראו בסעיפים 75-99 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה), אלא גם בשל כך, שהתביעה לשכר הטרחה מבוססת על הפנייה המוקדמת שנענתה ולא על ההליך המשפטי. לכך אין כל מקור נורמטיבי, כמפורט למעלה.

ו. לפי איזה פרט בתוספת השניה לחוק יש להגיש תובענה ייצוגית בעניין מחירי המים?

79. היועץ המשפטי לממשלה הביע בתשובתו⁷² את עמדתו, שבקשות לאישור תביעות ייצוגיות בגין גביית מחירי המים, שבהם עסק פסק דין **מרכז השלטון המקומי**⁷³, והינם מבוססי עלות, צריכות להיות מוגשות על פי פרט 1 ולא על פי פרט 11. במסגרת השלמת טיעון זה, יצביע היועץ המשפטי לממשלה על כך, שעמדה זו נתמכת גם בפסיקה שניתנה לאחר הגשת תשובת היועץ המשפטי לממשלה. עוד יבקש היועץ המשפטי לממשלה לחדד מספר נקודות ואבחנות חשובות בנוגע לעמדה זו, גם בתשומת לב לטענות המבקש והתאגיד בעניין.
80. בעניין **מרכז השלטון המקומי**, נקבע בהרכב מורחב (בדעת רוב), שיש לסווג את תשלומי המים עליהם חל עיקרון העלות, כ-"מחיר" ולא כתשלום חובה. על כן, נקבע בפסק הדין, שלא נדרש אישור של ועדת הכנסת לתשלומי המים, אישור שנדרש לפי סעיף 1 **לחוק יסוד משק המדינה**⁷⁴, כאשר מדובר במיסים או בתשלומי חובה.
81. בתשובת היועץ המשפטי לממשלה הובהרה עמדתו, שקביעה זו יפה גם לסיווג תשלומי המים בגדרי פרט 11, כלומר, שתשלומי המים מסווגים כ-"מחיר" ולא כתשלומי חובה וממילא הם אינם באים בגדרי פרט 11. עוד נאמר בתשובה, שאין לקבל את עמדת התאגיד, שפרשנות המושג "תשלום חובה" בגדרי פרט 11, צריכה להיות שונה מפרשנותו של מושג זה בגדרי חוק היסוד. בעניין זה הוסבר בתשובה⁷⁵, **שפסיקת בית המשפט הנכבד השוותה בפרשנות המושג "תשלום חובה" בין חוק היסוד, לפרט 11**. כך, בפסק דין לוי⁷⁶ וכך בפסק דין **מרכז השלטון המקומי עצמו**, שהסתמך לאורכו ולרוחבו, על הפסיקה שניתנה בעניין פרשנותו של פרט 11 ויישם הדברים בעניין פרשנות חוק היסוד.
- היועץ המשפטי לממשלה גם עמד (בסעיף 110 לתשובה) על הפסיקה שקבעה כי "מחיר" אינו בא בגדר פרט 11. עוד טען היועץ המשפטי לממשלה, שניתן להגיש בקשות אישור בעניין מחירי המים בגדר פרט 1 ("עוסק").⁷⁷
82. כאמור, עמדה זו של היועץ המשפטי לממשלה **נתמכת גם בפסיקה חדשה**. כך, בהחלטת כב' הנשיאה חיות בעניין **רווה**⁷⁸ נבחנה התאמתה של בקשת האישור שנדונה שם, לפרט 11, בהתאם למבחנים שנקבעו בעניין **מרכז השלטון המקומי**, לפרשנות המושגים של "מחיר" ו-"תשלום חובה".
- כך גם בעניין **קפלן**⁷⁹, יישם בית המשפט הנכבד את המבחנים שנקבעו בעניין **מרכז השלטון המקומי**, ביחס לפרשנות המושג "תשלום חובה" בפרט 11. ראו בסעיפים 3, 5, 6, לפסק הדין.
- הדברים נאמרו מפורשות גם בפסק דין **מגאדבה**⁸⁰ שעסק בעניין פרט 11, בסעיף 19 לפסק הדין:

⁷² ראו בסעיפים 109-122 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה.

⁷³ בג"צ 1195/10 **מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממשלתית למים וביוב** [פורסם בנבו] (13.11.2014). להלן: "עניין מרכז השלטון המקומי".

⁷⁴ להלן: "חוק היסוד".

⁷⁵ ראו בסעיפים 111-115 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה.

⁷⁶ ע"מ 7373/10 לוי נ' **מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (13.8.2012), בסעיפים 23-24 לפסק הדין.

⁷⁷ ראו בסעיפים 116-122 לתשובה.

⁷⁸ בר"מ 6591/15 **עיריית קרית ביאליק נ' רווה** [פורסם בנבו] (9.3.2016), בסעיף 5 לפסק הדין.

⁷⁹ ע"מ 1859/15 **קפלן נ' משרד הבריאות** [פורסם בנבו] (9.8.2016).

⁸⁰ ע"מ 2796/13 **מגאדבה נ' שב"ס** [פורסם בנבו] (6.9.2017).

בבג"צ 1195/10 מרכז השלטון המקומי... נדרש בית משפט זה בהרכב מורחב של שבעה שופטים לשאלת סיווג התשלומים שגובות רשויות מקומיות בגין אספקת שירותי מים וביוב. עקרונות הסיווג, העולים מעניין רשות המים... יפים גם לענייננו.⁸¹

83. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להוסיף עתה כמה הערות, לעמדתו, שתשלומי המים מסווגים כמחיר.

1. תאגידי המים מוגדרים כרשויות

84. ראשית, יודגש, שהעמדה מתייחסת לשאלת סיווג התשלומים, ולא לשאלת סיווגם של תאגידי המים.

כלומר, תביעות נגד תשלומי מים שנגבו, מתאימות לפרט 1 ולא לפרט 11 מהטעם שמדובר ב- "מחיר" ולא ב- "תשלום חובה". בכך, ובכך בלבד, דומה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לעמדת המבקש.

לעומת זאת, אין היועץ המשפטי לממשלה מקבל את טענת המבקש, שאין להגדיר את תאגידי המים כ- "רשות".⁸² בניגוד לעמדת המבקש, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש להגדיר את תאגידי המים כרשות, בכלל, ובגדרי חוק תובענות ייצוגיות, אלא, שבהקשר של גביית מחירי המים התאגידיים פועלים כ- "עוסק", ולכן תביעות ייצוגיות בעניין מחירי המים צריכות להיות מוגשות על פי פרט 1.

בדומה, אין עוררין, שרשות מקרקעי ישראל מוגדרת כרשות מנהלית ואף על פי כן נפסק בעניין אסל,⁸³ שכאשר הצד הדומיננטי בהחלטות הרשות, שנתקף בבקשת האישור הינו הצד העסקי-מסחרי ולא הצד השלטוני, הרי שהפרט הנכון שעליו צריכה להתבסס בקשת האישור הוא פרט 1, ולא פרט 11, למרות מיהות הנתבע כרשות.⁸⁴

85. בעניין הגדרתם של תאגידי המים כרשויות מנהליות, הרי שסעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות מגדיר את המושג רשות (לצורך הסעיפים הרלוונטיים בחוק): "כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים".

סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000 מגדיר רשות: "רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

אין ספק, שתאגידי המים ממלאים תפקיד ציבורי על פי דין (בין היתר באספקת המשאב החיוני של המים לצרכנים) וממילא הם מסווגים כ- "רשות", וגם אם חלק מפעילותם הינה "עסקית". וכדברי פסק הדין שלפנינו בעניין מי הגליל, בסעיף נ"ט:

"המדובר בגופים מנהליים שהוקמו בחוק לצורך מילוי תפקיד ציבורי, אשר מובחנים מן המדינה ומהוים אישיות משפטית נפרדת במשפט הפרטי (חברה בע"מ) המאפשרת להם לפעול על פי דיני המשפט הפרטי לצורך מילוי תפקידים הציבורי; אך יש לראות בהם כמובן גם רשויות מנהליות שחל עליהן המשפט המנהלי... אכן המערערת עונה להגדרתה של רשות הפועלת על פי דין, אך מתקיימים לכאורה יחסי עוסק-לקוח בין הצדדים ומעצם היותה של המערערת תאגיד יש בפעולותיה פן עסקי".

86. לפיכך, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שתאגידי המים מוגדרים כרשות, וכך, למשל, חלה עליהם חזקת התקינות השלטונית (והכל כמובן בכפוף לנסיבות המקרה הפרטני), בניגוד לטענת המבקש בסעיף 29 לתגובתו.

⁸¹ ועוד ראו לאחרונה בפסק דין איגרא, לעיל, ה"ש 62, בסעיף 3 לפסק הדין. כן ראו ת"צ (מחוזי נצרת) 34471-06-16 שמואל נ' מועצה אזורית עמק המעיינות (19.7.2017), שם קבע בית המשפט המחוזי, שקביעות פסק דין מרכז השלטון המקומי יפות גם לעניין פרט 11, ונקבע גם, שפסק הדין בעניין מי הגליל שלפנינו, לא התכוון לקבוע אחרת.

⁸² ראו בסעיפים 37, 34, 29 לתגובת המבקש, וסעיפים 14-15 להשלמת הטיעון מטעם המבקש.

⁸³ ע"מ 7752/12 אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל, לעיל, ה"ש 22.

⁸⁴ אמנם, ביום 20.2.2018, אישרה ועדה חוקה חוק ומשפט של הכנסת צו של שרת המשפטים הקובע, שגם תביעות נגד רשות מקרקעי ישראל כעוסק, יוגשו על פי פרט 11 (המתוקן). ראו: צו תובענות ייצוגיות (תיקון התוספת השניה לחוק) התשע"ח-2018, ק"ת 7970, 22.3.18, עמוד 1168.

2.1. אין מקום לתביעות ייצוגיות התוקפות את תעריפי המים שנקבעו ישירות על ידי רשות המים

87. **הערה שניה**, שיבקש היועץ המשפטי לממשלה להעיר, נוגעת לסוג הטענות שבגינן ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעניינם של מחירי המים.

בתגובת התאגיד טען הוא, ⁸⁵ כנגד עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שקיימת פסיקה הקובעת, שאין מקום להגיש תביעה ייצוגית בגין גביית תשלומי חובה, המבוססת על טענות נגד תוקפה של חקיקה או החלטות מנהליות, שמכוחן נגבו אותם תשלומים, היות שמקומן של טענות כאלה להתברר בהליך מנהלי מתאים.

88. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאכן, ככלל, **אין מקום לתקיפה עקיפה של חקיקה, או של החלטות מנהליות במסגרת תביעה ייצוגית כספית להשבה**, ומקומן של טענות נגד החלטות מנהליות או חקיקה להתברר במסגרת הליכים מנהליים מתאימים ובפני הערכאות שהוסמכו לכך על ידי המחוקק. אין זו המסגרת המתאימה להאריך בכך.⁸⁶

מכל מקום, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להבהיר כאן, שעמדתו, שניתן להגיש תביעות ייצוגיות נגד מחירי מים שנגבו שלא כדין, על פי פרט 1, מכוונת למקרים שבהם ייגבו מחירי מים שלא כדין, באופן הנוגד את התעריפים שנקבעו על ידי הרשות הממשלתית למים ולביוב (דוגמת בקשת האישור שלפנינו העוסקת בגביית ריבית ביתר, בניגוד להוראות החוק), אולם היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין מקום להגשת תובענה ייצוגית התוקפת את עצם התעריפים, שנקבעו ישירות על ידי הרשות הממשלתית למים ולביוב, בהתאם להוראות החוק. טענות נגד תעריפים אלה דינן להתברר אך ורק במסגרת הליך מנהלי מתאים ובפני הערכאה המוסמכת לכך- בג"צ.

3.1. היטלי הפיתוח של תשתיות המים והביוב שנגבו לפני הרפורמה מסווגים כתשלומי חובה

89. **הערה שלישית**, שיבקש היועץ המשפטי לממשלה להעיר, נוגעת לסוג תשלומי המים, שבגינם ניתן להגיש תביעות ייצוגיות לפי פרט 1.

בסעיף 121 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה הובהר, שהעמדה לפיה בקשות אישור יוגשו לפי פרט 1 ולא לפי פרט 11, מתייחסת למחירי המים והביוב השוטפים, שבהם עסק פסק דין מרכז השלטון המקומי, וקבע שיש לסווגם כמחיר, בשל עיקרון העלות העומד בבסיסם.

⁸⁵ ראו בסעיפים 6.4 - 6.8 לתגובת התאגיד, לתשובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשה לדיון נוסף. (להלן: "תגובת התאגיד").
⁸⁶ ראו למשל בעניין רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ [פורסם בנבו] (26.4.2010) שם נאמר, שעילת תביעה ייצוגית המבוססת על תקיפה עקיפה של תקנות לא תוכל להצליח, אלא אם אם ייקבע כי התקנות עצמן בטלות. (סעיף 15 לפסק הדין) וכן נקבע שמתן סעד בתביעה של החזר תשלומי עבר על בסיס טענה בדבר בטלות הליך מנהלי הינו: "סעד מרחיק לכת ובמיוחד כך הדבר משעסקינן בתובענה ייצוגית." (סעיף 24). ראו גם בפסק הדין בעניין בר"ם 1418/15 מדינת ישראל נ' סלם [פורסם בנבו] (23.11.2015) ובהחלטה באותו הליך (מאותו תאריך) על מתן רשות ערעור למדינה, העולים בקנה אחד עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כאמור. עוד ראו ת"צ 54977-01-15 [מנהלי מרכז פומרינץ נ' רשות המיסים] [פורסם בנבו] (14.4.2017) בסע' 68 לפסה"ד, שיישם את פסק דין סלם (ביחס לכך שאין מקום, ככלל, לתקיפה עקיפה של חקיקה במסגרת תובענה ייצוגית), באופן התואם את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. יצוין, כי ערעור על פסק דין פומרינץ תלוי ועומד בפני בית המשפט הנכבד (ע"מ 4484/17 פומרינץ נ' רשות המיסים).

אמנם, יצוין, שבעניין שליידר (רע"א 3456/13 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' שליידר [פורסם בנבו] (29.8.2017); דנ"א 7175/17 היועץ המשפטי לממשלה נ' שליידר [פורסם בנבו] (4.2.2018)), שהוזכר על ידי המבקש והתאגיד, נקבע שבמקרה שבו "חברת החשמל... יצאה נשכרת מההתנהלות הפסולה שבה נקטה ואשר הובילה לכך, שניתן לה היתר לגבות מחיר מופרז מהציבור", ישנה אפשרות סבירה שחברת החשמל התעשרה שלא כדין ולכן אושרה הגשת תובענה ייצוגית בנדון (ראו בסעיף 19 להחלטה של כב' הנשיאה חיות בבקשה לדיון נוסף שם). אכן, בהחלטת כב' הנשיאה חיות (שם) הודגש, שבנסיבות העניין שם, לא הכריע בית המשפט במסגרת אישור התובענה הייצוגית, בדבר בטלות ההחלטה המנהלית, אלא רק נקבע, שישנה אפשרות סבירה שחברת החשמל התעשרה שלא כדין (בשל ההתנהלות הפסולה שבה נקטה), אף אם ההחלטה המנהלית שקיבלה רשות החשמל הינה בתוקף.

90. היועץ המשפטי לממשלה יבקש לחדד ולהבהיר, שבנוגע לתשלומים אחרים, שנגבו בעבר לפני הרפורמה במשק המים, ועיקרון העלות אינו חל עליהם, **הרי שהמסקנה תהיה אחרת**. נסביר בקצרה.

91. עד לרפורמה בתעריפי המים, האחריות על מכלול שירותי אספקת המים והטיפול בביוב במגזר העירוני הופקדו בידי הרשויות המקומיות. תשלומי המים והביוב לרשות המקומית או לתאגיד שפעל בתחומה היו מבוססים על כמה מקורות: תעריף מים שוטף (אחיד בכל הארץ), אשר נקבע מכוח תקנות המים⁸⁷; אגרת ביוב שוטפת מכוח חוק העזר העירוני לעניין זה, כפי שהותקנה על ידי כל רשות מקומית; **היטלי פיתוח למים** מכוח חוקי עזר עירוניים, אשר נשאו אופי של תשלום חד פעמי בגין הקמת תשתיות, כפי שהותקנו על ידי כל רשות מקומית; **היטלי פיתוח לביוב** מכוח חוקי עזר עירוניים, אשר נשאו אופי של תשלום חד פעמי בגין הקמת תשתיות ביוב, כפי שהותקנו על ידי כל רשות מקומית.

היטלים אלה לא היו בהכרח מבוססי עלות, אלא נשאו אופי אגרתי מבוסס על תחשיב ליום מסוים.

92. השינוי המבני במשק המים והביוב העירוני עוגן והוסדר **בחוק תאגידי מים וביוב, תשס"א – 2001**, במסגרתו נקבעה חובה על רשות מקומית להקים תאגיד מים בתחומה, אשר ינהל בנפרד את ענייני המים והביוב ויוסמך לגבות את התשלומים בעד השירותים.

93. בנוסף, לאור כשלים שונים, נקבעה רפורמה אף בניהול משק המים הארצי, בדרך של הקמת רשות המים ובראשה מועצת הרשות הממשלתית למים ולביוב, והעברת סמכויות האסדרה והפיקוח, שהיו מוטלות עד אז על שרים שונים ואף נתונות לכנסת, לידי גופים אלה.⁸⁸

במסגרת **חוק תאגידי מים וביוב** נקבע, כי מועצת הרשות תהיה מוסמכת, בין היתר, לקבוע לתאגידי המים **תעריפים ריאליים המבוססים על עלות אספקת שירותי המים והביוב**, בהתאם לכללים שתקבע הרשות.⁸⁹ עוד נקבע, כי מועצת הרשות תקבע תעריפים לתשלום לתאגיד המים, בגין **הקמת התשתית לאספקת המים והביוב**.⁹⁰

94. תחילה, בעת חקיקת **חוק תאגידי מים וביוב**, לא נקבעו תעריפים חדשים ע"י מועצת רשות המים, ולפיכך נקבע בסעיף 152(א) לחוק זה הוראת מעבר, לפיה התעריפים וההיטלים הישנים, מכוח חוקי העזר העירוניים, ימשיכו לחול עד לקביעת כללים חדשים. בהמשך, קבעה רשות המים את כללי רשות המים⁹¹ אשר נכנסו לתוקף ביום 1.1.2010. כללי רשות המים היו "אבן היסוד של הרפורמה" בתעריפי המים והביוב. בין היתר, הכללים יישמו את **עקרון העלות**, דהיינו קביעת תעריפי מים וביוב המבוססים על העלות הריאלית של אספקת שירותי המים והביוב.

95. בשלהי שנת 2009, החליטה מועצת רשות המים כי הגם שהיא סבורה, שיש לאמץ מודל של תעריפים שוטפים הכוללים את כל רכיבי העלות של המים, לרבות רכיבי ההון - **הרי שיש להותיר את שיטת היטלי הפיתוח** (שלא מבוססים על עיקרון העלות) **על כנה, כהוראת שעה**, לפרק זמן נוסף. על כן קבעה רשות המים הוראות מעבר,⁹² לפיהן, גביית ההיטלים כפי שנקבעו בחוקי העזר העירוניים, תיוותר על כנה כהוראת שעה.

⁸⁷ תקנות המים (תעריפים למים ברשויות המקומיות), התשמ"ז-1987 עד לשנת 2007, ומשנת 2007 ועד ינואר 2010 מכוח כללי המים (תעריפים למים ברשויות המקומיות), התשמ"ז-1987, אשר הותקנו מכוח חוק המים, התשי"ט-1959.

⁸⁸ שינויים אלה הוסדרו במסגרת תיקון מס' 22 לחוק המים, התשי"ט-1959. ראו סעיף 124א לחוק המים, מכוחו הוקמה רשות המים, וכן סעיף 124ט מכוחו הוקמה מועצת הרשות. כן ראו תיקון מס' 4 לחוק תאגידי מים וביוב.

⁸⁹ ראו סעיפים 101(א) ו-102 לחוק תאגידי מים וביוב.

⁹⁰ ראו סעיף 103 לחוק תאגידי מים וביוב.

⁹¹ כללי תאגידי מים ומים (תעריפים לשירותי מים וביוב) התש"ע – 2009 (להלן: "כללי התעריפים") ו- כללי תאגידי המים (חישוב עלות מים וביוב והקמת מערכת מים וביוב), התש"ע – 2009 (להלן: "כללי חישוב עלות").

⁹² ראו בסעיף 12(א) לכללי התעריפים ובסעיף 36 לכללי חישוב עלות.

96. ביום 31.12.2014, בוצע תיקון בסעיפים הרלבנטיים **לכללי התעריפים**⁹³ שקבע, שהחל מיום 1.1.2015 אין לגבות את הרכיב ההוני של מתקן טיהור שפכים, שנגבה עד אז לפי חוקי העזר העירוניים הישנים.⁹⁴ בנוסף, ביום 1.5.2015 נכנסו לתוקפם כללי דמי ההקמה,⁹⁵ במסגרתם אומץ מודל **מבוסס עלות** לחיובים חד פעמיים בגין הקמת תשתיות מים וביוב, וזאת חלף המודל הקודם של היטלי הפיתוח, שכאמור, לא היה מבוסס עלות.
97. אם כן, כיום, על כלל תשלומי המים והביוב (לרבות על חיובים חד פעמיים בגין הקמת תשתיות מים וביוב) חל עיקרון העלות, ועל כן, בהתאם לפסק דין **מרכז השלטון המקומי**, היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שתביעות ייצוגיות**, ככל שיוגשו, **צריכות להיות מוגשות על פי פרט 1**, שהרי מדובר ב- "מחיר" ולא ב- "תשלום חובה".
98. לעומת זאת, בנוגע להיטלי הפיתוח בגין הקמת תשתיות מים וביוב, שנגבו בעבר מכוח חוקי העזר העירוניים ומכוח הוראת המעבר, הרי שהם **לא היו מבוססי עלות**, פסק דין **מרכז השלטון המקומי** אינו נסוב עליהם, ו**סיווגם הנכון הוא תשלומי חובה** (בדומה להיטלים אחרים של הרשויות המקומיות).
- אכן, במרוצת השנים, הוגשו **עשרות בקשות לאישור תובענות ייצוגיות נגד היטלים אלה** (בהתאם לשיטה הקודמת, שקדמה לרפורמה במשק המים), **על פי פרט 11**,⁹⁶ שנדונו בבתי המשפט לעניינים מנהליים ובבית משפט נכבד זה, ובחלק מההליכים אף הוגשו הודעות חדילה שאושרו, **בהתאם להנחה, שמדובר בפרט 11**.
- כאמור, בנוגע להיטלים שנגבו על פי השיטה הקודמת, שקדמה לרפורמה במשק המים, היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שהנחה זו הינה נכונה**.

4.1. כיום אין אבחנה בין תאגידי מים לרשויות מקומיות ביחס לסיווג התשלומים כמחיר

99. **הערה רביעית ואחרונה** שיבקש להעיר היועץ המשפטי לממשלה בעניין, נוגעת לשאלה, האם יש לאבחן בין תאגידי מים שמעניקים את שירותי המים והביוב וגובים את תשלומי המים, לבין רשויות מקומיות שטרם תיאגדו את משק המים שלהן ומעניקות לתושבים את שירותי המים וגובים ישירות את תשלומי המים מהתושבים.
- בתגובת התאגיד נטען בעניין זה, (בסעיף 6.14 לתגובה), שביחס לרשות מקומית שעודה מנהלת את שירותי המים, הרי שהיא **"רשות שלטונית לכל דבר ועניין"** ופשוט שלא ניתן להגיש תביעה ייצוגית נגדה על פי פרט 1 כעוסק.

⁹³ התיקון בוצע בסעיף 12(א) **לכללי התעריפים** ובסעיף 36 **לכללי חישוב עלות**.

⁹⁴ ראו **כללי תאגידי מים וביוב (תעריפים לשירותי מים וביוב והקמת מערכות מים או ביוב) (תיקון), התשע"ה-2014**, ק"ת 7467 מיום 30.12.2014 (בעמ' 506).

⁹⁵ **כללי תאגידי מים וביוב (דמי הקמה למערכות מים ולמערכות ביוב), תשע"ה-2015**.

⁹⁶ נציין כאן כמה מההליכים: ת"צ (מנהלי באר שבע) 37533-07-14 **שי נ' יובלים אשדוד בע"מ** [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 6.9.2015 אישר הודעת חדילה). **עריצור על פסק הדין נדחה בבית משפט זה** (עע"מ 6837/15 דורון נ' יובלים אשדוד בע"מ) [פורסם בנבו] (5.10.2016); ת"מ (מנהלי חיפה) 13090-11-11 **שוורץ נ' טירת הכרמל** [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 7.10.2014). **הליך זה נדון גם בפני ביהמ"ש הנכבד** במסגרת בר"מ 6472/13 **עיריית טירת הכרמל נ' שוורץ** [פורסם בנבו] (5.3.2015); ת"צ (מנהלי באר שבע) 53464-12-14 **קלינגר נ' מי שבע** [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 10.5.2015, אישר הודעת חדילה מוסכמת); ת"צ (מנהלי מרכז) 27055-08-13 **דיק נ' מיתב** [פורסם בנבו] (פסק דין המאשר את החדילה מיום 14.5.2015); ת"צ (מנהלי באר שבע) 25671-11-14 **רביבו נ' עין נטפים בע"מ** [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 21.6.2015 אישר את החדילה); ת"צ (מנהלי חיפה) 7817-05-14 **ווסקובוניק נ' ימים תאגיד המים קרית ים בע"מ** [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 2.6.2015 אישר את החדילה); ת"צ (מנהלי חיפה) 1048-12-14 **ברנוב נ' מעיינות אתא בע"מ** [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 2.5.2016); ת"צ (מנהלי תל אביב) 27831-01-14 **שושן נ' מי הרצליה בע"מ** [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 29.5.2016); ת"צ (מנהלי מרכז) 51232-12-14 **דבש נ' מועצה מקומית באר יעקב** [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 8.5.2016); ת"צ (מנהלי ירושלים) 27840-01-14 **עברי נ' מי שמש בע"מ** [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 26.10.2016); ת"צ (מנהלי מרכז) 41746-10-13 **עמי חן חסון יזמות בניה והשקעות בע"מ נ' מי ציונה בע"מ** [פורסם בנבו] (פסק דין מיום 9.11.2016).

גם המבקש מתייחס לשאלה זו וטוען (בסעיפים 65-67 לתגובתו לתשובות המשיבים), שקיימים הבדלים משמעותיים בין תאגידי מים לרשויות מקומיות ועל כן אין להשוות ביניהם. בין היתר, טוען המבקש, שתאגידי המים פועלים לפי עיקרון העלות ואילו רשויות מקומיות לא פועלות כך.

100. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין לקבל טענות אלה. כיום, אין הבדל, ביחס לעיקרון העלות, בין תשלומי המים והביוב השוטפים הנגבים על ידי תאגידי המים, לאלה הנגבים על ידי הרשויות מקומיות, שטרם תיאגדו את משק המים שלהן. לפיכך, על אלה ועל אלה יש להחיל את קביעות פסק דין מרכז השלטון המקומי, שהתשלומים מסווגים כמחיר ולא כתשלום חובה. לכן, גם תביעות ייצוגיות נגד רשויות מקומיות יצטרכו להיות מוגשות על פי פרט 1.

101. צודק כמובן התאגיד, שהרשויות המקומיות הינן רשויות שלטוניות. אך כאמור לעיל, וכפי שנפסק בעניין אסל,⁹⁷ גם כשמדובר ברשות, במידה והתביעה נסבה על "מחיר" שגבתה הרשות בפעילותה העסקית, בקשת האישור צריכה להיות מוגשת על פי פרט 1.⁹⁸

102. העיקרון האמור לפיו עיקרון העלות חל כיום גם על גביית מחירי המים על ידי רשויות מקומיות, שלא תיאגדו את משק המים שלהן, מפורש בחקיקה.⁹⁹

103. גם מבחינה עובדתית, בפועל, מועצת הרשות הממשלתית למים ולביוב קבעה תעריפים שוטפים המבוססים על עיקרון העלות, ביחס לרשויות מקומיות שלא תיאגדו את משק המים שלהן.

104. גם הפסיקה עמדה על כך. ראו בסעיף 19 לפסק דינו של כב' השופט מלצר בעניין מגאדבה¹⁰⁰:

"בבג"צ 1195/10 מרכז השלטון המקומי... נדרש בית משפט זה בהרכב מורחב של שבעה שופטים לשאלת סיווג התשלומים שגובות רשויות מקומיות בגין אספקת שירותי מים וביוב..."¹⁰¹

ועוד ראו בעניין שמואל¹⁰² שם נדרש בית המשפט המחוזי בנצרת לשאלה זו בהרחבה, וקבע, שפסק דין מרכז השלטון המקומי, נסב גם על רשויות מקומיות: "הקביעות העקרוניות של בית המשפט העליון ביחס לסיווג התשלומים הנגבים בגין מים וביוב, ניתנו באופן עקרוני וללא קשר לזהות הגורם הגובה את אותם תשלומים."

105. על כן, טענות המבקש (בסעיף 67 לתגובתו לתשובות המשיבים) כאילו עיקרון העלות אינו חל על רשויות מקומיות, בטעות יסודן. גם הדברים המצוטטים בתגובת המבקש (שם) מאתר המרשתת של רשות המים, לגבי כך, שתעריפי הרשויות המקומיות לא היו מבוססים על עיקרון העלות, מתייחסים למצב שלפני הרפורמה שנערכה במשק המים, אולם כיום התעריפים מבוססים על עיקרון העלות, כאמור.

5. התייחסות לקשיים שהעלה התאגיד - צריך ליישם בפועל את ההגנות שהעניק החוק לרשויות

106. לבסוף, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להתייחס לטענה המרכזית של התאגיד כנגד עמדתו, שתביעות בגין מחירי מים צריכות להיות מוגשות על פי פרט 1. התאגיד טוען, שהתוצאה של עמדה זו היא, שתאגידי המים לא ייהנו

⁹⁷ לעיל, ה"ש 22.

⁹⁸ השוו גם לאמור בפסק דין ע"א 1919/10 מנהל המכס ומע"מ נ' עיריית אשקלון [פורסם בנבו] (27.9.2012), ביחס לכך שרשויות מקומיות המנהלות פעילות עסקית במכירת מקרקעין, במטרה להפיק רווח מהמכירה, עשויה לחוב במע"מ, חרף הגדרתה כמלכ"ר וחרף היותה רשות ציבורית. ⁹⁹ לעניין תשלומי הביוב ראו בסעיף 15א(ב) לחוק הרשויות המקומיות (ביוב) תשכ"ב-1962 המחיל על תשלומים אלה את עיקרון העלות הקבוע בסעיף 101 לחוק תאגידי מים וביוב. כך גם ביחס לתשלומי המים - ראו בסעיף 62(ב)(3) לחוק לשינוי סדרי עדיפויות לאומיים (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנים 2013 ו-2014) התשע"ג-2013, ס"ח 2405, 5.8.13, בעמ' 194.

¹⁰⁰ לעיל, ה"ש 80.

¹⁰¹ יוער, שבפסק דין מרכז השלטון המקומי עצמו לא נאמר האם הדברים מתייחסים לתאגידי מים בלבד, או גם לרשויות המקומיות. מכל מקום, מבחינת המהות, אין הבדל בין התאגידים לרשויות המקומיות, שהרי עיקרון העלות חל בכל מקרה, ועיקרון זה הוא שעמד ביסוד פסק הדין.

¹⁰² לעיל, ה"ש 81.

מהגנת החדילה ומהגבלת תקופת ההשבה לשנתיים (במקרה שלא מוגשת חדילה), שהרי הגנות אלה חלות רק בתביעות לפי פרט 11¹⁰³ ונטען, שיש קושי בתוצאה זו, בהתחשב בכך, שמדובר בגופים ציבוריים.

107. בתשובת היועץ המשפטי לממשלה התייחס הוא לטענה זו והסביר¹⁰⁴, שמדובר בקשיים המלווים כל תובענה ייצוגית המוגשת נגד רשות ציבורית כעוסק ואין מדובר בקושי מיוחד לתאגידי מים. עוד נאמר, שתאגידי המים, כמו רשויות אחרות, כן ייהנו מההגנה הקבועה בסעיף 20(ד)(1) לחוק הקובע, שבית המשפט רשאי להפחית את שיעור הפיצויים שייפסקו לחובת הרשות, מתוך התחשבות בנזק שייגרם לרשות הציבורית. כך גם רשאי ביהמ"ש שלא לאשר בקשת אישור נגד רשות, אם עצם ניהול ההליך צפוי לגרום נזק חמור לציבור- ס' 8(ב)(1) לחוק.

108. בעניין זה, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להוסיף בקצרה. למרות, שהחוק קבע שהגנות אלה עומדות לרשות גם כאשר מדובר בתביעות ייצוגיות על פי פרטים אחרים מפרט 11, בפועל, כפי הנראה, הגנות אלה לא מיושמות בבתי המשפט. עמדו על כך לאחרונה פלינט ויניצקי, לעיל סעיף 17, בעמ' 565:

"למיתב ידיעתנו, במשך יותר מעשור, הגנה זו מעולם לא יושמה בנוגע לרשות ציבורית כלשהי... הגנות אלה הן בעיקר תאורטיות".

דומה, שיש מקום ליישם הגנות אלה, בהתאם לכוונת המחוקק, במקרים המתאימים, וכך שהוראות החוק לא יהיו בבחינת "אות מתה".

ראוי להפנות בעניין זה גם לדברי של ח"כ (דאז) רשף חן, יו"ר ועדת המשנה שדנה בחוק תובענות ייצוגיות, בדיון במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית (1.3.06), בעמ' 66:

"כמעט תמיד, הרשות, בתוך שנתיים, צברה חוב ענק ובכל מקרה הוא היה מופחת באמצעות סעיף ההפחתה".

הדברים מכוונים להתמודד עם הטענות שהושמעו בכנסת כלפי סעיף 21 לחוק, המגביל את תקופת ההשבה לשנתיים לכל היותר, כאשר מדובר בפרט 11, וח"כ (דאז) רשף חן העיר, שבדרך כלל, ממילא, לא תיפסק בתביעה ייצוגית השבה לתקופה העולה על שנתיים, וזאת מכוח סעיף 20(ד)(1), החל על כל תביעה ייצוגית נגד רשות.

ברור מכאן, שכוונת המחוקק הייתה שהגנות אלה ייושמו בפועל.

על כן, נראה, שככל שבית המשפט הנכבד יראה לקבוע במסגרת ההליך דנן, שראוי ליישם את ההגנות העומדות לרשות, בהתאם להוראות החוק וכוונת המחוקק, במקרים המתאימים, כך שהגנות אלה יהפכו לדבר מעשי, הרי שיהיה בכך בכדי לאזן את הקביעה, שלא עומדות לתאגידי מים ההגנות המיוחדות לפרט 11 בלבד.

109. ועוד יזכיר היועץ המשפטי לממשלה את הערתו¹⁰⁵ שככל שבית המשפט הנכבד יקבע (בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה), שחובת הפנייה המוקדמת חלה בנסיבות גם על תביעות לפי פרט 1, הרי שגם בכך יהיה מענה ולו חלקי, לקשיים עליהם עמד התאגיד. כך, למשל, יתכן, שבחלק מהמקרים, תוצאת פניה מוקדמת (שתימצא כמבוססת) תהיה הסכמה בין התובע לתאגיד המים, על השבה לתקופה של שנתיים בלבד (תוך ייתור ההליך המשפטי), בין היתר לאור ההגנה הקבועה בסעיף 20(ד)(1) לחוק, כאמור.

110. למען שלמות התמונה, היועץ המשפטי לממשלה יציין, שסוגיית תאגידי המים עלתה בהקשרים שונים, בנוגע לשאלת סיווג התאגידים וסיווג התשלומים הנגבים על ידי התאגידים. זאת, באופן דומה לגופים אחרים, כגון רשות

¹⁰³ לגבי הגנת החדילה, הדבר מפורש בסעיף 9 לחוק. לגבי הגבלת תקופת ההשבה לשנתיים לכל היותר (כאשר לא מוגשת חדילה), הרי שבסעיף 21 לחוק נאמר שהגנה זו מתייחסת ל- "תביעת השבה נגד רשות", ובסעיף 9(א) לחוק מוגדר המונח "תביעת השבה נגד רשות" בחוק תובענות ייצוגיות כ- "בקשה לאישור בתביעה כמפורט בפרט 11 בתוספת השניה".

¹⁰⁴ ראו בסעיפים 123-125 לתשובה.

¹⁰⁵ ראו בסעיף 124 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה.

מקרקעי ישראל וקופות החולים. לגבי רשות מקרקעי ישראל הותקן לאחרונה צו¹⁰⁶ הקובע, שבקשות אישור נגדה יוגשו על פי פרט 11 בלבד, תוך שיתאפשר להגיש בגדר פרט 11 (המתוקן) בקשות אישור כנגד רשות מקרקעי ישראל, אף ביחס לפעילותה העסקית, ותוך שלרשות תעמוד הגנת החדילה על פי סעיף 9 לחוק והגבלת תקופת ההשבה על פי סעיף 21 לחוק, גם כאשר מדובר בתביעות הנסבות על פעילותה העסקית של רשות מקרקעי ישראל.

111. לפני סיום, נזכיר, שהיועץ המשפטי לממשלה הביע את עמדתו לפיה, ככלל, **אין מקום ליישום שיטת האחוזים בפסיקת שכר טרחה לאחר חדילה**.¹⁰⁷ היות, שבהחלטת כב' הנשיאה (בדימוס) על קביעת הדיון הנוסף, לא נזכרה סוגיה זו לא נאריך בכך. מכל מקום, ככל שהרכב בית המשפט הנכבד יראה לדון גם בסוגיה זו בגדרי הדיון הנוסף, הרי שעמדת היועץ המשפטי לממשלה פרושה בפני בית המשפט. רק נפנה לפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין **המוסד לביטוח לאומי**¹⁰⁸, שם נקבע בנסיבות אותו מקרה ע"י בית משפט זה, שאין מקום ליישום שיטת האחוזים.


ז. התוצאה האופרטיבית בהליך

112. מבחינת השורה התחתונה האופרטיבית בהליך דנן, הרי **שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בקשת האישור שלפנינו הייתה צריכה להיות מוגשת על פי פרט 1 ולא על פי פרט 11**. ממילא, בהתאם להוראות החוק כפי שהן כיום, לא היה מקום להודעת החדילה של התאגיד.

חרף האמור, היועץ המשפטי לממשלה מסכים עם עמדת התאגיד (בסעיף 6 להשלמת הטיעון מטעמו), שאין מקום בשלב הדיוני שבו אנו מצויים לחדש את הדיון בבקשת האישור לגופה. כך, גם מן הטעם, שלמיטב הידיעה, המבקש כלל לא ביקש מהערכאה הדיונית לדחות את הודעת החדילה וגם עתה אינו טוען לכך.

113. בנוגע **לשאלת שכר הטרחה** (שמבחינה אופרטיבית, בה עסק הערעור שלפנינו, ובשל היעדר פניה מוקדמת ראה פסק הדין בערעור להפחיתו), הרי שכפי שפורט לעיל, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שראוי לדרוש עריכת פניה מוקדמת טרם הגשת בקשת אישור להגשת תביעה ייצוגית נגד רשות, גם כאשר מדובר בפרטים אחרים מפרט 11 ובמיוחד כאשר מדובר בפעילות של הרשות בעלת היבטים מנהליים שלטוניים, **כפי שמדובר בעניינו של תאגיד המים שלפנינו**. כמו כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ככלל, יהיה מקום לתת ביטוי להפרת חובת הפניה המוקדמת, בפסיקת שכר הטרחה והגמול בהליך.

היועץ המשפטי לממשלה יותיר לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד את ההכרעה האופרטיבית, ביחס לשכר הטרחה והגמול, שראוי לפסוק בנסיבות המקרה הפרטני.


 יואב שחם, ע"ד
 המחלקה האזרחית
 פרקליטות המדינה

היום: י"ד אייר ה'תשע"ח; 29.4.18

¹⁰⁶ צו תובענות ייצוגיות (תיקון התוספת השנייה לחוק) התשע"ח-2018, ק"ת 7970, 22.3.18, עמוד 1168. הצו אושר בועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת ביום 20.2.18. תחילתו של הצו- 30 ימים מיום פרסומו.

¹⁰⁷ ראו בסעיפים 94-106 לעמדה בערעור ובסעיפים 127-137 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה.

¹⁰⁸ ע"מ 7484/16 המוסד לביטוח לאומי נ' מוחני [פורסם בנבו] (21.2.2018), בסעיף 17 לפסק הדין של כב' השופט סולברג.