



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 2978/13

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

המערערת: מי הגליל -תאגיד והביוב האזורי בע"מ

נגד

המשיב: יוסף אחמד יונס

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
חיפה (השופט א' קיסרי) מיום 19.02.2013 בתיק תמ
054114-07-12

תאריך הישיבה: כ"ט באדר ב' התשע"ד (31.03.2014)
סיום כתבי בית הדין המשלימים: (26.11.2014)

בשם המערערת: עו"ד אלי אליאס
בשם המשיב: עו"ד נסאר סאבר

בשם היועץ המשפטי לממשלה: עו"ד יואב שחם

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. האם מוטלת חובה על תובע ייצוגי ובא כוחו, אשר בכוונתם להגיש תובענה ייצוגית כנגד רשות מינהלית, להקדים פניה אליה בטרם הגשתה? ואם כן – כיצד ובאלה נסיבות יבוא היעדר פניה מוקדמת לידי ביטוי בגדרי ההליך הייצוגי, וזאת בייחוד בכל הנוגע לפסיקת גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ובא כוחו? ועוד; מקום שנדחתה בקשה לאישור תובענה כייצוגית בשל חדילתה של הרשות מן הגביה הבלתי-חוקית הנטענת – האם ניתן לפסוק גמול ושכר טרחה על פי "שיטת

האחוזים", שלפיה יש לגזור סכומים אלה כאחוז מן הסעד שנפסק לטובת הקבוצה? אלה הן השאלות הכלליות המתעוררות בנסיבות תיק זה, מעבר לסוגיה הקונקרטית בדבר סכומי הגמול ושכר הטרחה שנפסקו למשיב ולבא כוחו, ושעליהם הוגש הערעור דנא. בהתמודדות עמן, שומה עלינו לאמץ מבט רחב וליתן דעתנו למספר שיקולים, ובין היתר אופיו של ההליך הייצוגי ומטרותיו, המשתקפים בהוראות חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006; השמירה על מערכת התמריצים המעודדת הגשתן של תובענות ייצוגיות ראויות; קיום החובות הדיוניות המוטלות על התובע הייצוגי ובא כוחו כאחד לייצג את עניינם של חברי הקבוצה באופן הולם, בנאמנות ובתום לב, מתוך מטרה להשאת טובתם; שיקולי יעילות, ובפרט חיסכון בזמן שיפוטי ובמשאביהם של חברי הקבוצה המיוצגת, ואף – כך בייחוד מקום שהנתבע הוא רשות – של הציבור כולו; וכן שיקולים שמקורם במשפט המינהלי, ובכללם החובה הבסיסית המוטלת על הפרט למצות הליכים מול הרשות בטרם פניה לערכאה שיפוטית. השיקולים הנוגדים בהקשר הרחב הם, כי מחד גיסא מיצוי הליכים מול רשות עשוי לייתר את התובענה הייצוגית, ככל שתתקן הרשות את דרכיה על-ידי חדילה, אם הדבר נחוץ – אך מאידך גיסא הוצאות שהוצאו להכנת התובענה או הפניה המקדימה עלולות שלא לזכות לפיצוי. איזוהי הדרך שיבחר לו בית המשפט? בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט א' קיסרי) בעת"מ 54114-07-12 מיום 19.2.13, שבגדרו נדחתה בקשתו של המשיב לאישור תביעתו כנגד המערערת כתובענה ייצוגית, ולצד זאת נפסקו סכומי גמול למשיב (10,000 ש"ח) ושכר טרחה לבא כוחו (80,000 ש"ח). במוקד המחלוקת עומדת טענתה של המערערת, שלפיה שגה בית המשפט קמא בפסיקתם של סכומים אלה, בין היתר משום שהמשיב ובא כוחו לא הקדימו פניה אליה בטרם הגשת התובענה והבקשה לאישור. לעמדתה, בכך נשללה זכותם לקבלת גמול ושכר טרחה ולמצער, היה על בית המשפט קמא לפסוק סכומים נמוכים באופן משמעותי מאלה שפסק בפועל. עוד סבורה המערערת, כי שגה בית המשפט עת חישב סכומים אלה בשיטת האחוזים, מקום שכלל לא נפסק סעד לקבוצה, הואיל והמערערת חדלה מן הפעילות שבגינה הוגשה התובענה.

ב. המערערת היא תאגיד מים – תאגיד סטטוטורי שהוקם לפי סימן א' לפרק ב' לחוק תאגידי מים וביוב, תשס"א-2001 – האמון על אספקת שירותי מים וביוב ל-7 רשויות מקומיות בצפון הארץ, וביניהן המועצה המקומית עראבה. המשיב, תושב עראבה ובעל 6 מדי מים המותקנים בנכסים שונים שבבעלותו, הגיש ביום 29.7.12 בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד המערערת, בטענה כי גבתה ריבית ביתר בגין תשלומים המשתלמים לה לפי הסדר הקבוע בסעיף 32(ב) לכללי תאגידי מים וביוב (אמות מידה להוראות בעניין הרמה, הטיב והאיכות של השירותים שעל חברה לתת לצרכניה) תשע"א-2011. נטען, כי המערערת הוסיפה על תשלומים אלה ריבית בגובה "ריבית פיגורים החשב הכללי", וזאת שעה שסעיף 32(ב) מורה על הוספת "ריבית החשב הכללי", הנמוכה בשיעורה מריבית הפיגורים). וזאת בנוסף לתשלומים שכלל לא הוסדרו בהסדר תשלומים (כמצוין בכלל 31). סכום התובענה האישית הועמד על 3.42 שקלים, והסכום הכולל – על כמיליון שקלים; כן יצוין – ולנקודה זו נשוב בהמשך – כי הבקשה לאישור התובענה הוגשה הן לפי פרט 1 לתוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות, כתובענה נגד "עוסק" בעניין שבינו לבין לקוח, והן בהסתמך על פרט 11 לתוספת, כתביעה נגד רשות להשבת סכומים שנגבו שלא כדין. ביום 28.10.12 הגישה המערערת הודעת חדילה בהתאם לסעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, בה נטען כי מחמת טעות שמקורה בחברה הייצוגית המספקת שירותי גביה, נגבה מן הצרכנים שיעור ריבית שאכן אינו תואם את הסדר התשלומים הקבוע בסעיף 32(ב); וכי לאחר בדיקה חדלה המערערת מגביית היתר. נטען בנוסף, כי אין יסוד להגשת הבקשה על פי פרט 1 לתוספת, משום שהמערערת פועלת בנסיבות הענין כ"רשות", ולא "כעוסק"; ולבסוף, כי אין לפסוק גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ולבא כוחו, הואיל ולא פנו למערערת בטרם הגשת בקשתם.

ג. בתשובתו להודעת החדילה טען המשיב, כי אף שהמערערת אכן מהווה רשות מרשויות הציבור, בנסיבות ענייננו פעלה כעוסק – שכן היא מאוגדת כחברה בע"מ הגובה מס ערך מוסף על מחירים שאותם משלמים הצרכנים, ועיקר פעולתה מכירה עסקית של שירותי מים. כן נטען, כי הצבת דרישה מתובע ייצוגי לערוך פניה מוקדמת מנוגדת לרציונל שבבסיסו של הליך התובענה הייצוגית; כי היעדרה אינו מהווה שיקול רלבנטי בגדרי ההליך הייצוגי, הן משבוחן בית המשפט האם לקבל

בקשה לאישור תובענה כייצוגית, והן ביחס לפסיקת גמול ושכר טרחה לתובע הייצוגי ובא כוחו; וכי בתיקים דומים, שאף בהם הוגשה הודעת חדילה, נפסקו סכומי גמול ושכר טרחה, בשיעורים גבוהים באופן משמעותי משפסק בית המשפט קמא. בתגובת המערערת לתשובת המשיב נטען, כי בא כוח המשיב הוא "תובע סדרתי", אשר הגיש לפחות 8 בקשות שונות לאישור תובענה ייצוגית כנגד תאגידי מים וביוב, ונמנע במכוון מפנייה מוקדמת, שיתכן כי היה בה כדי ליתר את הגשת התובענה. לעניין זה נטען, כי אילו הקדים המשיב פניה למערערת, לא היה עולה החשש, כי זו תסלק את תביעתו הפרטנית באופן השולל ממנו עילה אישית ומאיין את מעמדו כתובע ייצוגי, הואיל וכרשות מינהלית הפועלת על פי דין, מחויבת היא לפעול בשוויון כלפי כל חברי הקבוצה והתוצאה היתה מוחלת גם עליהם; וזאת, ביחוד כאשר גביית היתר נבעה מטעות כנה. בנושא הגמול ושכר הטרחה נטען, כי הסכומים שנפסקו מהוים פגיעה בקופת התאגיד, שמשמעה פגיעה בקופה הציבורית ובאינטרס הציבורי; כי בנסיבות הענין נדרשו משאבים מועטים לשם הכנת התובענה והבקשה לאישור; וכי הודעת החדילה הביאה לסיום ההליכים ולחיסכון רב במשאבים ובזמן שיפוטי. בהשלמת טיעון שהגיש המשיב – ושהותרה לו על פי החלטתו של בית המשפט קמא מיום 31.12.12 – נטען, בהסתמך על עע"מ 6687/11 מדינת ישראל נ' אבוטבול (2012) (להלן ענין אבוטבול), כי במסגרת השיקולים הנוגעים לתועלת שהביאה הגשת התובענה לחברי הקבוצה המיוצגת, יש להביא בחשבון את החיסכון העתידי שנגזר מחדילת הרשות. נטען, כי אם ייגזרו סכומי חיסכון אלה מן התועלת לעבר, יתומרצו תובעים ייצוגיים ובאי כוחם להמתין עד אשר סכום הגביה יתפח לממדים גדולים, דבר החוטא לתכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות, ובראשן אכיפת הדין; ומשכך, כי יש לחשב סכומים אלה כאחוז מתוך החיסכון העתידי שהושג על פני תקופה של 24 חודשים, כתוצאה מן החדילה. לבסוף נטען, כי אין להלום את דברי המערערת בדבר פגיעה בקופה הציבורית, שעה שהיא אשר הפרה את החוק עובר להגשת התובענה; כי על הרשות להקדים בעצמה ולנהוג כחוק, בטרם הצבת דרישה מתובעים ייצוגיים להקדים פניה אליה; וכי אין נפקות לכך שבא כוח המשיב הגיש מספר הליכים ייצוגיים כנגד תאגידי מים. לשלמות התמונה יצוין, כי בקשת המערערת להגשת תגובה להשלמת הטיעון נדחתה בהחלטה מיום 6.1.13.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

ד. בית המשפט קמא קיבל בפסק דינו את הודעת החדילה ודחה את בקשת האישור, תוך שפסק גמול ושכר טרחה בסכומים המפורטים מעלה. נקבע, כי היעדר פניה מוקדמת אינו שולל כשלעצמו זכאות לגמול ולשכר טרחה, וכי יש לבחון בכל מקרה לגופו את הנסיבות הרלבנטיות, הן לעניין פסיקת הגמול ושכר הטרחה, והן ככל שיש בהיעדר פניה כדי להשליך על סיכוייה של הבקשה לאישור התובענה. בהמשך נאמר, כי אמנם קשה לחלץ מן הפסיקה עיקרון אחיד ביחס לסכומי הגמול ושכר טרחה שאותם יש לפסוק במקרה מסוג זה; ועם זאת יש לתת את הדעת לפסק הדין בענין אבוטבול, שבו אישר בית המשפט סכומי גמול ושכר טרחה שנפסקו כאחוז מן התועלת העתידית לחברי הקבוצה, הגלומה במניעת הגביה הבלתי-חוקית מכאן ואילך. בהסתמך על כך, פסק בית המשפט קמא סכומי גמול ושכר טרחה על פי אחוזים מתוך התועלת העתידית המשוערת בעקבות חדילת המערערת; היסכון זה נאמד בסך 1,000,000 ש"ח (כהערכת המשיב), ו-8% מכך – כאמור, 80,000 ש"ח – נפסקו לבא כוח המשיב, ו-10,000 (1%) למשיב עצמו. לבסוף ציין בית המשפט, כי הביא בכלל שיקוליו את מידת הזהירות שיש לנהוג בה כלפי כספי הציבור.

הערעור

ה. נטען, ראשית, כי יש להבחין בין חדילת המערערת מגביית ריבית בשיעור העולה על המותר בחוק, במסגרת הסדר תשלומים שהמערערת רשאית לנקוט ביחס ל"סרבני תשלום" כהגדרתה, לבין חדילה שעניינה אי-חוקיות תשלומי החובה, הנוגעים לכלל ציבור הצרכנים. לפי הטענה, ככל שמדובר בהסדר תשלום אופציונלי המסור לשיקול דעתה של המערערת, הודעת החדילה לא בהכרח תביא לחיסכון העתידי שאותו ציין המשיב בתביעתו, הנגזר מן ההנחה כי היקף החיסכון יהא זהה לתקופה של 24 חודשים קדימה. כן נטען, כי כאשר חברי הקבוצה המיוצגת אינם צרכנים נורמטיביים, יש ליתן משקל מכריע להגנה על הקופה הציבורית, ולהימנע מפזור עלויות על ציבור הצרכנים הנורמטיביים, שאינם נהנים מחדילת המערערת. בהקשר זה מפנה המערערת למקרה שבו, לפי הנטען, נמנע בית המשפט מפסיקת גמול ושכר טרחה, בין היתר משום שבקשת האישור הוגשה כנגד

שיעור הריבית שהוטלה ביחס לתשלומי מסים שאותם לא שילמו התובע הייצוגי וחברי הקבוצה, אשר הוגדרו שם כ"סרבני מסים" הפוגעים בקופה הציבורית. בהמשך נטען, כי פסיקת גמול ושכר טרחה כאחוז מתוך החיסכון העתידי, בנסיבות שבהן נמסרה הודעת חדילה, מנוגדת לאמור בע"א 2046/10 שמש נ' רייכרט (2012) (להלן הלכת רייכרט), שלפיו בשימוש בשיטת האחוזים, שכר הטרחה יחושב כאחוז מתוך סכום קונקרטי שנפסק בפסק דין או פשרה, ולא מתוך נזק או גביה פוטנציאליים. כן נטען, כי החובה לערוך פניה מוקדמת בטרם הגשת התובענה, נובעת בראש וראשונה מחובת תום הלב המוטלת על התובע הייצוגי בניהול ההליך, חובה המקבלת משנה תוקף מקום שהתובענה הוגשה כנגד רשות, וכי יש לזקוף לחובת המשיב ובא כוחו את עובדת אי-עריכתה של פניה מסוג זה. לבסוף נטען, כי הסכומים שנפסקו בענייננו גבוהים באופן משמעותי ביחס למקובל במקרים דומים, שבחלקם אף היתה עילת התביעה זהה לזו המונחת בבסיס תביעתו של המשיב.

תגובת המשיב

1. בתגובת המשיב נטען, כי אין להגדיר את קהל הצרכנים בתביעה הייצוגית כ"סרבני תשלום", שכן הסדר התשלומים נועד לצרכנים המשלמים בעבור היטל מים וביוב בסכומים גבוהים, והנאלצים לפרוס את חשבון המים לתשלומים; וכי מכל מקום, תשלומים על שירותי מים אינם מהווים "מס" אלא "מחיר", ומשכך אין עניינם דומה לזה של "סרבני מס". כן טוען המשיב, כי סוגית הפניה המוקדמת נידונה והוכרעה משכבר בע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (2008) (להלן ענין אביב שירותים), שם נקבע כי אין בפניה מוקדמת כדי להוות תנאי בלעדיו אין לאישור תובענה כייצוגית. מוסיף המשיב וטוען, כי חובה לערוך פניה מקדימה נוגדת את הרציונל הכלכלי שבבסיסו של מוסד התובענה הייצוגית, דבר הנלמד לשיטתו מכך שאינה נכללת בלשונו של חוק תובענות ייצוגיות, וזאת במובחן משתי ההגנות המשמעותיות שמהן נהנית הרשות: האפשרות לחדול מן הגביה באופן המביא לדחיית בקשת האישור אשר קבועה בסעיף 9(ב), והגבלת סעד ההשבה לתקופה של 24 חודשים שקדמו להגשת הבקשה, כפי הוראתו של סעיף 21. עוד נטען, כי איתור מחדלים של הרשות בטרם פניה אליה כרוך לעתים בלימוד יסודי של הרקע העובדתי והמשפטי; וכי במרבית

המקרים שבהם תיערך פניה מוקדמת, יבחר הנתבע הפוטנציאלי לסלק את תביעתו הפרטנית של התובע הייצוגי, דבר שישלול את עילתו האישית, ימנע הגשת תובענה ייצוגית על ידיו, ויביא לפגיעה בתמריץ הקיים להכנתן ולהגשתן של תובענות ייצוגיות. עוד נטען, כי אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בפסיקת הוצאות בערכאה הדיונית, וזאת אף כאשר סבורה היא כי הסכומים שנפסקו עומדים על הצד הגבוה. כן גורס המשיב, כי טיעוני המערערת בדבר שמירה על הקופה הציבורית אינם רלבנטיים, שכן זו מתפקדת בענייננו כעוסק; ומכל מקום, כי אין להביא בחשבון שיקול זה שעה שהמערערת גבתה סכומים משמעותיים שלא כדין, ונוכח אותן הגנות הנתונות ממילא לרשות, בדמות אפשרות החדילה והגבלת סעד ההשבה. לבסוף נטען, כי סכום הגמול שנפסק מצוי על הצד הנמוך, בייחוד לנוכח העובדה שהוא כולל בתוכו את הוצאותיו של המשיב בהזמנת חוות דעת מומחה.

הדיון

ז. בדיון בפנינו ביום 31.3.14 טען בא כוח המערערת, כי המשאבים הדרושים לשם זיהוי עילה, שעל רקע גילוייה ניתן יהיה לערוך פניה מוקדמת, פחותים באופן משמעותי מן ההשקעה הכרוכה בהכנת תביעה והגשת בקשה לאישורה כייצוגית. עוד נטען, כי במרבית המקרים שבהם תיערך פניה מוקדמת, ישאף הנתבע לספק פתרון לכלל חברי הקבוצה, בייחוד כאשר מדובר ברשות מינהלית; ועוד, כי אף אם אין היעדרה של פניה מוקדמת מצדיק איון מוחלט של הזכות לקבלת גמול ושכר טרחה, בבואו של בית המשפט לקבוע סכומים אלה עליו לברר, בין יתר שיקוליו, האם התובע הייצוגי נתן לנתבע הזדמנות לפתור את המחלוקת מחוץ להליך משפטי. בא כוח המשיב חזר על טענתו, שלפיה אין בלשון החוק חובה לערוך פניה מוקדמת כאמור, וכי בענין אביב שירותים הנזכר, נקבע שאין בהיעדרה של פניה זו בהכרח כדי להצביע על חוסר תום לב, נוכח תכליותיה של התובענה הייצוגית. אשר לסכומים שנפסקו טען, כי בנסיבות ענייננו נדרשה חוות דעת חשבונאית לצורך עריכתה של פניה מוקדמת, וכי ככל שהיה המשיב פונה למערערת וזו היתה חדלה כבר בשלב זה, לא היה זוכה לגמול, ונמצא כי השקעתו היתה לשווא. בתום הדיון ביקשנו חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם היועץ המשפטי או היועץ) בדבר נחיצותה של עריכת פניה מוקדמת לרשות המינהלית בטרם הגשת תובענה ובקשה לאישורה כייצוגית.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה (15.9.14)
סוגית הפניה המוקדמת

ח. תחילה סוקר היועץ המשפטי את פסיקתם של בתי המשפט המחוזיים, תוך הצגתן של מספר גישות: לפי הגישה הראשונה – אין להציב דרישה של פניה מוקדמת, ואין בהיעדרה כדי לשלול פסיקת גמול ושכר טרחה או להביא לדחייתה של בקשה לאישור תובענה כייצוגית; זאת, שכן המחוקק לא כלל חובה כזו בחוק תובענות ייצוגיות והיא אף נוגדת את מטרותיו (ראו ת"א (תל אביב) 2286/03 טורבתיאן נ' הנקל סוד בע"מ, פסק דינה של השופטת נ' אחיטוב (2007)). לפי הגישה השנייה – על בית המשפט להתחשב בהיעדר פניה מוקדמת, בנסיבות שבהן שוכנע כי הנתבע היה מגלה נכונות להיענות לדרישת הקבוצה כולה, ולא רק לתביעתו האישית של התובע המייצג; וכך גם, מקום שטובת הקבוצה מחייבת בנסיבות פניה כזו ובייחוד כאשר הנתבעת היא רשות (ראו ת"צ (מינהלי נצרת) 24252-07-12 גאנדי נ' עיריית נצרת עילית, פסק-דינה של השופטת נ' צימרינג-מוניץ (2013)). לפי הגישה השלישית – והיא הרווחת – אין לקבוע כללים עקרוניים בסוגיה, אלא יש לאזן בין השיקולים השונים בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה בנפרד. כך, יש בפניה מוקדמת היתה מייתרת קיומם של הליכים משפטיים – למשל, במקרה בו היה התובע מגלה כי תביעתו נעדרת בסיס – או מחדדת את השאלות שבמחלוקת, ואזי יש בהיעדרה כדי להביא לשלילת גמול ושכר טרחה או למצער להפחתה בשיעורם; ומאידך גיסא, לעתים אין בפניה כדי להועיל – כך למשל, אם קיימים פערים משמעותיים בין עמדות הצדדים או כאשר שורר חוסר אמון ביניהם (ראו ת"מ (חיפה) 25857-06-12 סער נ' עיריית נהריה, פסק דינו של סגן הנשיא י' גריל (2013)). תוך כך מתייחס היועץ לשני פסקי דין מרכזיים התומכים בפניה מוקדמת – ע"ע (ארצי) 12842-07-10 אייל נ' הוט (2011) (להלן ענין אייל), ות"צ (מחוזי-מרכז) 36086-07-11 חרטט נ' ידיעות אחרונות (2012) (להלן ענין חרטט)). בענין אייל, גזר בית המשפט קיומה של חובת פניה מוקדמת מן החובה המוטלת על שני הצדדים לתובענה להתנהלות ראויה והוגנת זה כלפי זה, כלפי הקבוצה המיוצגת וכלפי בית המשפט; ובפרט מחובות תום הלב והנאמנות בייצוג הקבוצה, המוטלות על התובע הייצוגי ובא כוחו. עוד נאמר שם, כי בפניה מוקדמת נוצרת הזדמנות לתיקון העוול בלא צורך בהליך משפטי, וכי אף אם הפניה לא

תיענה, עשויה היא לתרום להתייעלות הדיון (נציין, כי כלפי פסק דין זה הוגשה עתירה – בג"ץ 5183/11 אייל נ' בית הדין הארצי לעבודה (2011) – וזו נדחתה בלא שנדון לגופו פסק דינו של בית הדין הארצי). בענין חרטט נקבע, כי על בית המשפט לברר בכל מקרה האם היה בפניה מוקדמת כדי לשרת את טובת הקבוצה, ובפרט האם היה הנתבע מסתפק במתן פתרון נקודתי לתובע המייצג; כי יש לייחד את כלי התובענה הייצוגית רק למצבים שבהם אין ניתן להביא לפתרון הסכסוך בדרכים יעילות יותר; כי רק במקרים נדירים יביא היעדר פניה מוקדמת לדחיית הבקשה לאישור התובענה; וכי השלכות אי-הפניה – ככל שתהיינה – ייקבעו בכל מקרה על פי נסיבותיו (גם על פסק דין זה הוגש ערעור – ע"א 8290/12 דואניס נ' ידיעות אחרונות ואח' – שנדחה ביחס לרוב המשיבות, במסגרת הסכמי פשרה שקיבלו תוקף של פסק דין. עניינן של שאר המשיבות תלוי ועומד). נראה איפוא, כי הגישה הרווחת בבתי המשפט המחוזיים היא שאין לקבוע כלל אחד בנידון, אלא לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו, ובעיקר האם היה הנתבע נותן מענה לתובע הייצוגי בלבד ולא לקבוצה כולה, והאם היה בפניה כדי לייטר את ההליך; לשלמות התמונה יצוין, כי שאלת החובה לערוך פניה מוקדמת לרשות הובאה בפני בית משפט זה בע"מ 7206/12 לוי נ' מדינת ישראל (2014), ואולם בית המשפט קיבל את הערעור בלא שנזקק לשאלה זו, תוך שציין כי היא נדונה במסגרת ההליך דנא. נאמר, כי בפסקי דין רבים הוטעם שהגשת תובענה ייצוגית ללא עריכת פניה מוקדמת, אך בשל הרצון לקבלת גמול ושכר טרחה, חוטאת לחובות המוטלות על התובע המייצג; וכי היעדר פניה אמנם לא יוביל – ככלל – לדחיה על הסף של בקשת אישור, אולם עשוי להיות לו משקל לא מבוטל בפסיקת גמול ושכר טרחה. לבסוף נאמר, כי היעדר הפניה יישקל בייחוד במסגרת תובענות ייצוגיות מינהליות, שכן הגנה על תובענה ייצוגית כלפי רשות, לרבות תשלום גמול ושכר טרחה, כרוכה בהוצאת כספי ציבור; וכי כאשר עסקינן ברשות, אין לחשוש כי זו תיענה אך ורק לתביעתו הפרטנית של התובע המייצג, שכן חזקה עליה כי תנהג בשוויון כלפי כולי עלמא.

ט. בהמשך נדרש היועץ המשפטי לאופייה של התובענה המינהלית, החקוקה בתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תשס"ב-2002. נאמר, כי זו מצויה בתפר שבין המשפט האזרחי למשפט המינהלי ומתאפיינת ב"דואליות נורמטיבית": הסעד המבוקש בה אינו מינהלי באופיו אלא כספי, וחלות במסגרתה

תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984; ומנגד, היא נדונה בפני בית המשפט לעניינים מינהליים, עילתה מינהלית, ומאפייניה המינהליים משפיעים על הדרישות הדיוניות והמהותיות המופנות כלפי התובעים והרשות כאחד; כך, יש ובית המשפט מפעיל בתובענה זו טענות סף שמקורן במשפט המינהלי – מסוג שיהוי, הגינות או אי-מיצוי הליכים, אף אם בעוצמה פחותה מאשר בעתירות מינהליות. לגישת היועץ המשפטי, אמנם דברים מעין אלה נאמרו במקורם ביחס לתובענה מינהלית לפיצויים שעילתה בדיני מכרזים, או ניתנים הם ליישום כלפי תובענה ייצוגית המוגשת כנגד רשות, אשר מנויה גם היא בתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים. בהמשך נאמר, כי בתובענות מינהליות בענייני מכרזים החילו בתי המשפט את החובה למצות הליכים מול הרשות, באופן שאי קיומה, ככלל, לא יביא לדחיה על הסף של התובענה, אך יובא בחשבון במסגרת פסיקת פיצויים; וכי לכך דמיון לענייננו, במובן זה שהיעדר פניה מוקדמת לא יביא, ככלל, לדחיית הבקשה לאישור התובענה, אלא ימצא ביטויו במסגרת השיקולים לפסיקת גמול ושכר טרחה. עוד סבור היועץ המשפטי, כי הרציונלים העומדים בבסיס חובת מיצוי הליכים – יעילות וחסכון משאבים, הכוונת יחסים ראויים בין הפרט לרשות, כיבוד הדדי בין הרשויות וחידוד המחלוקות בפני בית המשפט – חלים ביתר שאת ביחס לתובענה ייצוגית מינהלית. כן מונה היועץ טעמים נוספים המצדיקים, לשיטתו, פניה מוקדמת, וביניהם: כי בתובענה מינהלית ייצוגית, בדומה לעתירה מינהלית, תכלית האכיפה דומיננטית ביחס לתכלית הפיצוי, דבר הנלמד מאפשרות החדילה המוקנית לרשות, והגבלת סעד ההשבה כאמור. עוד נאמר, כי חובת הפניה נגזרת גם מחובת ההגינות של האזרח כלפי הרשות, אף היא נדבך בסיסי במשפט המינהלי.

י. לבסוף מתייחס היועץ המשפטי לאופן ההשפעה בפועל של היעדר פניה מוקדמת ביחס לפסיקת גמול ושכר הטרחה. במישור העקרוני נאמר, כי פסיקת גמול ושכר טרחה נועדה לתמרץ תובעים פוטנציאליים להגיש תובענות ייצוגיות ראויות כאמצעי לקידומו של האינטרס הציבורי, ואולם אין להחליף בין האמצעי – יצירת תמריץ כלכלי לבין המטרה – שמירת טובתה של הקבוצה המיוצגת; ועוד, כי היעדר פניה במקרים שבהם טובת הקבוצה מחייבת זאת, מהווה כשלעצמה הפרת חובת הנאמנות המוטלת על התובע המייצג כלפי הקבוצה. במישור המעשי נאמר, כי במקרים שבהם הובילה הפניה המוקדמת לחדילה בלא הגשת תביעה, אין מניעה

כי יוותר התובע ללא גמול, שכן תכלית התובענה הייצוגית הושגה במלואה בעצם החדילה; אך אין חשש להחלשת התמריץ הכלכלי להגשת תובענות ייצוגיות ראויות, שכן כבר כיום נוהגים בתי המשפט לייחס משקל להיעדרה של פניה מוקדמת בפסיקת גמול ושכר טרחה, הדבר לא הביא להפחתה במספר התובענות הייצוגיות; ומכל מקום, דרישת הפניה המוקדמת לא תיושם באופן צרוף כמו בעתירה מינהלית, אלא בגמישות ובשים לב להיבטים האזרחיים של התובענה הייצוגית. עוד נאמר, כי היעדר פניה יבוא לידי ביטוי בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו ובשים לב לשיקולים אלה, בין היתר: האם פניה כזו היתה מעוררת חשש לכך שיינתן מענה רק לעניינו הפרטי של התובע המייצג; האם היתה מגשימה את טובת הקבוצה; האם היתה מביאה להחלשה ולחיסכון משאבים לרשות; ומהו היקף המשאבים שנדרשו בנסיבות לשם עריכת פניה מוקדמת. הודגש, כי מקום שנערכה פניה מוקדמת ואילו הרשות לא חדלה, ולבסוף הוגשה תובענה וזו נתקבלה או נדחתה בשל חדילה, יש לתת ביטוי בפסיקת גמול ושכר טרחה למאמץ הכרוך בפניה; וכי מכל מקום, ככלל, לא תידחה בקשת אישור על הסף רק בשל אי-עריכתה של פניה מוקדמת, אף כי יתכנו מקרים בהם יעלה הדבר כדי חוסר תום לב קיצוני, המצדיק זאת. בסיכומם של דברים נוסחה עמדת היועץ כך: "יש לעודד קיומה של פניה מוקדמת לרשויות המינהליות טרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגדן" (פסקה 91, הדגשה במקור). נעיר, כי הדברים נאמרו בלא שניטעו מסמרות בנוגע למקרים שבהם הנתבע אינו רשות, אלא גוף פרטי.

אופן פסיקתם של שכר טרחה וגמול לאחר חדילת הרשות

יא. לגישתו של היועץ המשפטי: "ככלל, אין מקום לפסוק שכר טרחה וגמול לאחר חדילה בשיטת האחוזים, ובפרט לא ביחס לתועלת העתידית הספקולטיבית" (פסקה 105, הדגשה במקור). זאת, שכן הטעם העיקרי להמרצת התובע המייצג ובא כוחו לפעול לטובת הקבוצה – פסיקת סעד כספי לטובתה – אינו מתקיים במקרה חדילה, הדומה במהותו לצו מניעה, קרי סעד אכיפתי ולא כספי; ובהמשך לכך, על פי הלכת דייכרט אין ליישם את שיטת האחוזים אלא כאשר נפסק סעד כספי. בפרט נאמר, כי פסיקת גמול ושכר טרחה כאחוזים מן התועלת העתידית המשוערת מוקשית, מכמה סיבות: כי הלכת דייכרט נקבעה במפורש לגבי סעד

שנפסק בגין גביית עבר; כי יתכן שהגביה היתה נפסקת ללא הגשת התובענה, ולחלופין, שלא היתה נמשכת למשך 24 חודשים ובהיקף זהה; וכי פסיקה מסוג זה עשויה להביא לידי חיוב הרשות בסכומים גבוהים מאלה שהיתה חייבת לקבוצה אילו התקבלה התובענה הייצוגית לגופה. כן סבור היועץ המשפטי, כי גם גזירת אחוזים מן הסכום שהיה נפסק לטובת הקבוצה אילולא התקבלה התביעה אינה חפה מקשיים, בעיקר משום שהתביעה לא נדונה לגופה ולא הוכרעה, ויתכן כי עצם החדילה אינה מהווה הודאה בהיקפי הגביה הנטענות על ידי התובע הייצוגי. לגישת היועץ המשפטי, יש לפסוק שכר טרחה לאחר הודעת חדילה בהתאם לכלל השיקולים המנויים בסעיפים 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות.

תגובת המשיב מיום 24.11.14 לעמדת היועץ המשפטי

יב. בתגובת המשיב נטען, כי עמדת היועץ משקפת את שנקבע בפסיקה, כי אין כלל אחיד בסוגיה, ויש לבחון כל מקרה לגופו בראי נסיבותיו הקונקרטיות; ובהמשך לאמור, כי בנסיבות ענייננו לא היה מקום לעריכת פניה מוקדמת, והיעדרה אף נשקל בפסק דינו של בית המשפט קמא. כן נטען, כי בנסיבות ענייננו נדרש התובע המייצג להזמין חוות דעת מומחה מאת רואה חשבון, דבר המדגים את החשש כי הפניה אל הרשות תצריך השקעה ולימוד, ואם תביא לידי חדילת הרשות בטרם הגשת תביעה, לא יתוגמל התובע הייצוגי על השקעתו.

תגובת המערערת מיום 26.11.14 לעמדת היועץ המשפטי

יג. המערערת סבורה כי יש לקבל את עמדת היועץ המשפטי, שלפיו ראוי לעודד פניה מוקדמת לרשויות בטרם הגשת תובענה ייצוגית, ואין לפסוק גמול ושכר טרחה בשיטת האחוזים כאשר הסתיימו ההליכים בדרך של הודעת חדילה מטעם הרשות. בהתבסס על כך נטען, כי שגה בית המשפט קמא עת יישם את שיטת האחוזים בגישת החיסכון העתידי, וכי יש להפחית באופן משמעותי את סכומי הגמול ושכר הטרחה שפסק.

הכרעה

יד. אציין תחילה את עמדתי בשורה התחתונה: מצטרף אני לעמדה העולה מחוות דעתו המקיפה של היועץ המשפטי לממשלה – ואף מרחיק לכת ממנה בעוצמת

הגישה. 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. אין פירוש הדבר שהתובע שבעקבות פנייתו היתה חדילה לא יתוגמל כל עיקר, והדבר תלוי נסיבות והשקעה; אך כלל היסוד הוא פניה לרשות תכליתה של התובענה הייצוגית. יהיו להלכה גם מקרים שבהם תתקבל תובענה נגד רשות חרף אי פניה, אך לטעמי הדבר יהא חריג מובהק. לגישתי, מדיניות משפטית זו מביאה לאיזון הנחוץ בין שתי מגמות המשלימות זו את זו: מזה, הגשמתן של המטרות הציבוריות המובהקות שביסוד מוסד התובענה הייצוגית, ובפרט זו המוגשת כנגד הרשות לשם תיקון דרכיה; ומזה, מתן ביטוי לאינטרסים הפרטיים הקונקרטיים – שגם הם נחלתה של התובענה הייצוגית ושל בעליהם – והקפדה לשם כך על מתן תגמול ראוי והוגן לתובע המייצג ובא כוחו על מאמציהם, גם אם אלה הביאו לחדילה ול"הפלה" של תובענה, והכל תוך שמירה על מערכת התמריצים הקיימת להגשת תובענות ייצוגיות ראויות. סוגיה זו מעלה בפנינו אפוא את השאלה "כיצד מיישבים בין שירות לאינטרס הציבורי, ובין המניע הכספי באופן הגון, שישרת את הציבור בלא לקפח את העושים במלאכה?" (ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (2014) (להלן ענין פריניר), בפסקה ב' לחוות דעתי); והמתח הזה מלווה את ההכרעה בנדון. דומני, כי התועלת הגלומה בהטלתה של חובת פניה מקדימה אל הרשות עולה על העלויות הכרוכות בה, גם אם מביאים בחשבון חשש, המובע לעתים, להיווצרותו של אפקט "מצנן" כלפי הגשתן של תובענות ייצוגיות. יודגש כבר עתה, כי מסקנתי זו אמורה ביחס לתובענות המוגשות כנגד הרשות, ומבלי לטעת מסמרות ביחס למקרים שבהם הנתבע הוא גוף פרטי; אף כי כשלעצמי סבורני כי חובת ההגינות ותום הלב תומכת בפניה מוקדמת גם לגוף פרטי, אף ששם אין רלבנטיות "סטטוטורית" לאופציית החדילה. אשר לשיטת החישוב הראויה בפסיקת גמול ושכר טרחה לאחר חדילת הרשות – סבורני, בשונה במידה מסוימת מן היועץ, כי יש לנהוג גמישות ולהותיר לשיקול דעתו של בית המשפט, בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה לגופו, אם לפסוק על פי שיטת האחוזים בהתבסס על התועלת העתידית המשוערת ועל סעד ההשבה שהיה נפסק אילולא התקבלה התובענה – או שמא לנהוג אחרת, הכל כפי שיפורט. לבסוף, אשר לגמול

ושכר הטרחה שנפסקו למשיב ובא כוחו בענייננו, סבורני – תוך יישום מסקנות אלה – כי יש להפחית במידה מסוימת מן הסכומים הללו.

התובענה הייצוגית – מאפייניה ותכליותיה

טו. יהא זה מועיל לעמוד בראשונה על טיבו של הליך התובענה הייצוגית והמטרות שבבסיסו. בטרם זאת, ולחיבת המשפט העברי, אציין כי מעיקרא אין במקורותינו הליך זהה לתובענה הייצוגית, יצור משפטי מודרני, וחל בו העיקרון הדיוני שלפיו "זכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לאדם שלא בפניו" (משנה עירובין ז', י"א), קרי אף שאפשר לזכות כספית אדם שלא בפניו, אין מקום לחייבו שלא בפניו. אפשר ליישם עיקרון זה לחשש פן יפגעו זכויותיו של אדם מקום שנדחתה תובענה ייצוגית ומי מן הקבוצה המיוצגת מושקת ואינו יכול עוד לתבוע (לענין דוקטרינת "זכין" ראו ספרו של ד"ר מ' ויגודה (בהשתתפות ח' צפרי) שליחות (תשע"ד), 769 ואילך, ולענייננו עמ' 809 הערה 188. ואכן, ההסדר הקבוע בסעיף 24 בשילוב עם סעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות משקף מנגנון "opt-out", שלפיו פסק דין בתובענה ייצוגית מהוה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשם נוהלה התובענה, אלא אם כן הודיע אותו חבר קבוצה על רצונו שלא להיכלל במסגרת הקבוצה (ראו ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות (2010)). על אף האמור, יתכן שניתן למצוא במשפט העברי מספר הצדקות לבר-משפטיות לקיומו של הליך מעין זה – הנכללות בתפיסה של "תיקון עולם" (רש"י בבא מציעא ל"ד ע"ב, דיבור המתחיל "לשתבע מלוה") או "שלא יהא חוטא נשכר" (בבלי, מנחות ו', א') (ראו מאמרו של א' הכהן "וכי זכין לו לאדם שלא בפניו" – עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי" שערי משפט ד(1) 153 (התשס"ה)); ע"א 7187/12 צמח נ' אל-על בית הדין – הפקר" ו"הפקר ציבור – הפקר" (וראו ד"ר מיכאל ויגודה "התובענה הייצוגית במשפט העברי", פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה, עורכים) במדבר 157; מ' אלון המשפט העברי (תשמ"ח), 451, 417-421), ויש בכך וגם משום "ועשית הישר והטוב" (דברים ו', י"ח) (ראו ענין פריניד, בפסקה ה' לחוות דעתי).

טז. הדין הישראלי מוצא ביטוי בחוק תובענות ייצוגיות, שהוא חוק חדש יחסית, אשר נחקק לאחר דיונים ארוכים ולאחר שמוסד התובענה הייצוגית כבר פעל בישראל בהקשרים אחדים. מורכבת היתה מלאכת החקיקה באשר לתובענות ייצוגיות נגד הרשויות, ולא אאריך בכך כאן (ראו פסקה כ"ד להלן). אשוב בפתח על הגישה העקרונית – וזוהי ליבת דבריי גם להלן – כי מטרתו של החוק ציבורית ביסודה ובמהותה. כפי שציינתי לאחרונה בענין פרינר:

"מטרת הערותיי – בין השאר – להטעים כי מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, היא ציבורית, ועל בית המשפט לשוות זאת לנגד עיניו בהכרעותיו לכל אורך הטיפול בהן, לרבות באשר לתוצאות הכספיות לטעמי. על בית המשפט בהחלטותיו להישמר שלא להחליף בין העיקר (האינטרס הציבורי) לטפל (האינטרס הממוני של התובעים האינדיבידואליים ובעיקר עורכי הדין)" (פסקה א'; הדגשה במקור – א"ר).

...

"לנגד עיניו של בית המשפט צריכה לעמוד תדיר השאלה, כיצד משרת התיק את האינטרס הציבורי, בניהולו ובתוצאתו, ומכך נגזר כל היתר" (פסקה י"ז; הדגשות הוספו – א"ר).

אופיו הציבורי של החוק משתקף גם במטרתו, המנוסחת בסעיף 1 – "שיפור ההגנה על זכויות", תוך קידום של אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי האוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת דין;
- (4) ניהול יעיל, ממצה והוגן של תביעות"

יז. עינינו הרואות, כי בעיצובו של חוק זה שיוה המחוקק לנגד עיניו מטרות ציבוריות מובהקות באופיין. אכן, מצויה ביניהן גם מטרת מתן סעד הולם לפלוני שנפגע מהפרת דין, דבר שבודאי יש לראותו כבעל אופי פרטי, הממוקד בפיצוי האישי לכל תובע בנפרד (אף כי ניתן גם לראות בכך עקרונית הגשמה של האינטרס

הציבורי להגינות וכיבוד הדין). ואולם, החוק מיצב את הליך התובענה הייצוגית בראש וראשונה כמכשיר חברתי וכלכלי רב עוצמה, שנועד להגשים את זכות הגישה לערכאות, באמצעות יצירת מסגרת דיונית למי שנזקם האישי אינו מצדיק כלכלית הגשת תביעה כנגד המזיק; להביא לאכיפת הדין ולהרתעה מהפרתו; וכל אלה תוך יעילות דיונית וחסכון בזמן שיפוטי הכרוך בבירור שאלות זהות בערכאות שונות, דבר שאף עלול להביא להכרעות סותרות. בהקשר זה הולמים דבריה של הנשיאה ד' ביניש, בבג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (2011) (להלן ענין כהן):

"כידוע, התובענה הייצוגית הינה מכשיר משפטי-דיוני המאפשר לאדם אחד או לקבוצת אנשים, אשר נזקם האישי קטן יחסית, לתבוע את המזיק בשם כל מי שנפגע כמותם, כך שסך התביעה הכולל יהיה גבוה. באפשרה כן, מקדמת התובענה הייצוגית שורה של יעדים חברתיים וכלכליים חשובים: היא מעניקה הגנה לפרטים השונים אשר מטעמים של אי-כדאיות כלכלית, או אחרת, נמנעים מלהגיש את תביעתם האישית; היא מגבירה את אכיפת הוראות הדין העומדות ביסודה ומרתיעה מפני הפרתן בעתיד; יש בה כדי להשוות את פערי הכוחות בין הפרט הבודד לבין תאגידים וגופים עתירי ממון וכוח משפטי, המבקשים להחצין את סיכוניהם כלפי הציבור; היא מקטינה את החשש מפני הכרעות סותרות; ולבסוף, שימוש מושכל בה יכול להביא לחיסכון במשאבים שיפוטיים" (פסקה 3, הדגשות הוספו – א"ר; ראו גם ע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים (2010) (להלן ענין אכדיה, בפסקאות 14-16).

יח. כאמור, התובענה הייצוגית מהווה פלטפורמה דיונית חשובה לאכיפת החוק ולשמירה על זכויות הציבור – הן הקבוצה המיוצגת, והן הציבור כולו – מקום שניהול תובענה פרטית איננו משתלם או אפשרי בנסיבות (ראו ענין צמח, בפסקה ע"ה לפסק הדין; רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (2012), בפסקה 18); יש בה כדי "ליתן קול וביטוי לנושאים בעלי אופי ציבורי, שאילולא הן (התובענות הייצוגיות – א"ר) לא תהא כדאיות כלכלית בניהול התדיינות לגבם" ענין פריניר, בפסקה ב' לחוות דעתי). כך גם עולה מדברי ההסבר להצעת

החוק הממשלתית (הצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, הצעות חוק הממשלה תשס"ו 256): "התובענה הייצוגית היא כלי חשוב להגברת האכיפה של זכויות, שלגביהן התביעה הפרטנית אינה הליך יעיל ומעשי, ובכלל זה תביעות שסכומן זניח לעומת עלות התביעה" (רע"א 2598/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' ליאור שפירא ואח' (2010) (להלן ענין בנק יהב), בפסקה מ' לחוות דעתי; יוער, כי יש הסבורים שגם כאשר שיעור נזקו של כל אחד מחברי הקבוצה הוא ניכר, עדיין קיימים יתרונות בניהול תובענה משותפת, וראו ס' גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006" עלי משפט ו' 7, 23 (תשס"ז-2007) (להלן גולדשטיין)). על פי תכליתו עשוי מכשיר התובענה הייצוגית למלא תפקיד חיוני של "אכיפה פרטית" וקידום שלטון החוק בתחומים המתאפיינים מטיבם וטבעם בתת-אכיפה, כגון דיני צרכנות ודיני עבודה (ראו חוות דעתו של השופט ג'ובראן בענין פרינר; ע' טאובסיג "הערעור בתובענות ייצוגיות", ח' בן-נון וט' חבקין הערעור האזרחי 634-635 (תשע"ב-2012) (להלן "הערעור בתובענות ייצוגיות"); ס' דויטש הגנת הצרכן – כרך ב' (תשע"ב) (להלן דויטש)).

ט. חשיבותה הציבורית של התובענות הייצוגיות באה לידי ביטוי גם בהקמתה של קרן ציבורית למימון במסגרת סעיפים 27 ו-31 לחוק, הפועלת בהתאם לתקנות תובענות ייצוגיות (סיוע במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות), תש"ע-2010, ותקנות תובענות ייצוגיות (סדרי עבודה של הנהלת הקרן למימון תובענות ייצוגיות), תש"ע-2010, וזאת כהרחבה להסדר מצומצם יותר שנקבע בעבר בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, המאפשר קבלת מימון מן הרשות לניירות ערך, ושבוטל עם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות (לצד הסדר זה, ניתן לקבל מימון לתובענה ייצוגיות מכוח דברי חקיקה נוספים – ראו "הערעור בתובענות ייצוגיות", בהערה 16); בחובת ההודעה ליועץ המשפטי לממשלה בדבר החלטות בית משפט ובקשות שהוגשו במסגרת התובענה הייצוגית, ולמוסדות המנויים בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות בשילוב עם תקנה 16(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010; וכן בהענקת מעמד לגורמים ציבוריים הן כיוזמי ההליך והן כמשתתפים בו, לרבות במסגרת הסדרי פשרה (ראו למשל סעיף 4(3) לחוק; גולדשטיין, בעמ' 14-17). זאת ועוד, פן ציבורי זה נגזר גם מעוצמתה של התובענה הייצוגית ככלי בעל השלכות פוטנציאליות מרחיקות לכת כלפי קבוצות

רחבות בחברה, ואף על המשק כולו. עוצמה זו עומדת בבסיסן של ההגנות השונות הנתונות לנתבעים, ציבוריים ופרטיים כאחד, במסגרת החוק (ראו רע"א 4556 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774,778 (1995); ענין בנק יהב, בפסקה כ"א והאסמכתאות המובאות שם), וכן במידת הזהירות שנוהג בה בית המשפט בבואו לאשר תביעות אלה, ובגישת "מה שלא הותר, אסור" הננקטת ביחס לסוגי התביעות שניתן להגישן כתובענה ייצוגית (שם, בפסקאות כ'-כ"א).

כ. ואולם יודגש, כי לצד רכיבים ציבוריים אלה נועדה התובענה הייצוגית להגשים גם את האינטרסים הפרטיים של חברי הקבוצה לקבלת סעד הולם, דבר המשתקף אף הוא – במובהק – בהוראותיו של חוק תובענות ייצוגיות, אשר מדגישות לארכו את החשיבות הטמונה בשמירה על טובתם של חברי הקבוצה. כך, בין השאר, בסעיף 8 שעניינו התנאים לאישור תובענה כייצוגית; בסעיף 17, המפרט את חובותיו של בא כוח התובע המייצג כלפי הקבוצה; ובסעיפים 22-23, המונים את השיקולים שיביא בית המשפט בחשבון בקביעת גמול ושכר טרחה. בסופו של יום, בבסיס כל תובענה ייצוגית התנהגות עוולתית נטענת, בעלת השלכות כספיות, אף אם מזעריות במישור נזקו האישי של כל חבר קבוצה בנפרד. אכן, לצד תכלית האכיפה, ניצבת גם תכלית הפיצוי: "בית המשפט המחוזי ציין כי תכליתו של מוסד התובענה הייצוגית אינה פיצוי כי אם אכיפה, אך נדמה כי אמירה זאת ... מצמצמת יתר על המידה את תכליות התובענה הייצוגית..." (ענין אביב שירותים, פסקה 8, דברי המשנה לנשיאה א' ריבלין); ראו גם עניין פריניור, שם הוטעם כי אכיפה פלילית של הדין – ובאותו מקרה, קיומו של הליך פלילי לפי חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 – אין בה כשלעצמה כדי להשיג את אחת ממטרותיה של ההליך הייצוגי, שהיא "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" (פסקה 80 לפסק דינו של השופט ח' מלצר).

כא. אינטרסים פרטיים נוספים הבאים לידי ביטוי בחוק תובענות ייצוגיות – והעומדים במוקד השאלה בדבר נחיצותה של פניה מוקדמת – הם אלה של התובע הייצוגי ובא כוחו לקבלת גמול כספי. מתוך הבנה כי המטרה הציבורית לא תושג בלא שהעמלים במלאכה יקבלו שכר הולם בתמורה לפעלם, יצר המחוקק מערכת תמריצים כלכליים להגשת תובענות אלה ולקידום האינטרס הציבורי הגלום בהן,

בדמות "מיזם עסקי" משותף של התובע המייצג ובא כוחו (ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן (2012)). אלה פועלים מתוך תקוה כי ייפסקו לטובתם סכומי גמול ושכר טרחה נדיבים: "מנגנון ההרתעה הייצוגית מבוסס על רתימת האינטרס הפרטי של עורך הדין (ושל התובע) למטרה ציבורית" (סעיף 93 לפסק דינו של השופט ח' מלצר בענין פריניר). יש מקום לגמול ושכר טרחה "גם לספק תמריץ לתובע הייצוגי להגשים את זכות היחיד ואת אינטרס הכלל" (ע"א 8430/99 אנליסט נ' ערד פ"ד נו(2) 247, 259, דברי הנשיא א' ברק; ראו ענין פריניר, בפסקה י"ב לחוות דעתי). לפי תפיסה זו, המניע הכלכלי הוא מניע לגיטימי להגשת תובענות ייצוגיות, ואין בו כשלעצמו כדי להעיד על חוסר תום לב או פגם אחר בהגשת התובענה – "הנה כי כן, אין במניעיו של התובע היוזם את ההליך הייצוגי, המבקש לזכות ברווח, כדי לשלול את תום לבו ולהכשיל את בירור תביעתו כייצוגית (בכפוף להתקיימותם של יתר התנאים הנדרשים)" (דברי השופט מלצר בענין פריניר, בפסקה 87). ועוד:

"עצם העובדה שהתובע יפיק רווח לעצמו כתוצאה מהיותו התובע המייצג אין בה – כשלעצמה – לשלול את תום-לבו. לעניין זה מקובלים עליי דבריה של השופטת קמא, כי: 'אילו רצה המחוקק לאפשר את התביעה רק לתובעים המבקשים לייצג את הקבוצה משיקולים אלטרואיסטיים לא היה קובע תמריץ כלכלי... משנקבע בחוק כי בית המשפט רשאי לפסוק תגמול מיוחד לתובע ייצוגי, אין מקום לטעון לחוסר תום ליבו רק משום שנענה לקריאת המחוקק'" (דברי השופטת ט' שטרסברג-כהן ברע"א 8268/96 דייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 295 (2001)).

אכן, האינטרס הכלכלי הוא הקטר המניע את רכבת התובענות הייצוגיות, ואין בו פסול כשלעצמו מיסודו במידה הנכונה (ראו גם בענין פריניר, פסקה י"א לחוות דעתי); אך דברים אלה אמורים כל עוד אין הוא מביא לידי הפרתן של החובות המוטלות על התובע המייצג ובא כוחו, ולהפיכת האינטרסים על פניהם, כך ש"שפחה תירש גבירתה" – קרי, המירוץ לגמול ולשכר הטרחה ישטוף ויטביע את המטרה הציבורית. זאת אין להלום, ולפיקוחו ההדוק של בית המשפט תפקיד חיוני בשמירת האיזון. בל נשכח: האינטרס הציבורי – אכיפת הדין תוך דאגה לטובתה של הקבוצה, היא המטרה, והאינטרס הכלכלי הפרטי של התובע המייצג ובא כוחו

– האמצעי; "האינטרס הכלכלי מגויס לשירותו של האינטרס הציבורי" (דברי השופט ג'ובראן בענין פריניר). שומה עלינו שלא להחליף בין עיקר וטפל, וסדרי עדיפויות אלה נלמדים במובהק מתוך הוראות החוק, המדגישות לארכן את חובתם של התובע המייצג ובא כוחו לפעול בנאמנות, במסירות ובתום לב לשם קידומה של טובת הקבוצה; ממכלול השיקולים הרחבים העומד בפני בית המשפט בבואו לפסוק גמול ושכר טרחה; ומפיקוחו ההדוק ההכרחי לאורך כל שלבי ההליך. לעתים עשוי האינטרס הכלכלי הפרטי המניע את הגשת התביעה להביא לפגיעה בטובתם של חברי הקבוצה:

"לעתים מתקבל הרושם, כי המרוץ אחרי הגמול שבסעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות (ואולי למעלה מזה) עלול לגרום להגשת תביעות שאינן בשלות וערוכות כל צרכן; כל זאת תוך דווקא במסגרת המורכבת של חוק זה, מקום בו התביעה מחייבת או אמורה לחייב - למצער במובנים מסוימים - את הקבוצה כולה" (ע"א 3506/09 צאייג נ' קסלמן וקסלמן רואי חשבון, חוות דעתי שם (2011) (להלן ענין צאייג)).

כאמור – התרופה לחששות אלה טמונה "בשבע העיניים של פיקוח בית המשפט, ללא לאות, בכל שלב ושלב של התובענה הייצוגית, קרי שלב האישור ... שלבי הסדר ופשרה והכרעה בדבר סעדים, גמול ושכר טרחה; וכן בתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה בחיווי דעה בהליכים" (ענין פריניר בפסקה ט"ז לחוות דעתי, הדגשות במקור – א"ר). הדברים אמורים בייחוד בכל הנוגע לאישור הסדרי פשרה, שכן בהיעדרם המובנה של חברי הקבוצה עולה ביתר שאת החשש כי זכויותיהם יקופחו (ע"א 5503/11 דבח נ' דינרי (2012) (להלן ענין דבח), בפסקה כ"א לחוות דעתי; א' ויצנבלט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 356-357 (2013); א' קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5 (2011); "הערעור בתובענות ייצוגיות", בעמ' 640-639). בעיית נציג זו היא העומדת ביסוד המנגנון החקרני באופיו שנקבע בחוק לאישור הסדרים אלה, הכולל, בין השאר, מינוי בודק חיצוני לחוות דעתו בפני בית המשפט בנוגע לפשרה (סעיף 19(ב)), יחד עם יכולתם של חברי הקבוצה, היועץ

המשפטי, וארגונים ציבוריים להתנגד לכל הסדר שיוצע (ראו בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר (2012), בפסקה 13).

כב. בהקשר אותו חשש – כי האינטרס הכלכלי בהגשת תובענות ייצוגיות יבוא על חשבון טובתם של חברי הקבוצה ויחתור תחת מטרותיו הציבוריות של החוק – אציין עוד את תופעת ייזומן של תובענות כאלה על ידי עורכי דין, כגון פניה אל קבוצה נתונה על מנת לעניינה בהגשת תובענה. בענין פריניר סברתי, אמנם מעבר לצורך באותו תיק, כי אף שאין בייזום כאמור בהכרח משום חוסר תום לב, יש להישמר מפני הפיכה של הגשת תובענות ייצוגיות ל"תת התמחות, שתועלתה אינה בשירות העניין הציבורי, אלא בשירות הכיס גרידא" (שם, בפסקה ט"ו), וגם לשם כך נדרש כאמור פיקוחו ההדוק של בית המשפט. באותו הקשר ציינתי, כי בחירתו של המחוקק לילך בדרך של יצירת תמריץ באמצעות תובע מייצג פרטי יחד עם עורך דינו, יוצרת דיסוננס מסוים למול המטרה הציבורית המובהקת בבסיס החוק; זאת, בעת שניתן היה לצפות שהייצוג בתביעות אלה יבוא גם – ואולי בעיקר – מכיוונן של עמותות ציבוריות הפועלות לקידום מטרות חברתיות, ולא דווקא מכיוונם של בעלי אינטרסים כלכליים פרטיים (ראו שם, בפסקה י"א); לענין זה ראו מאמרו של א' פינק, "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט ו' 157 (2014), הסבור – ובכל הכבוד, דעתי נוטה לדעתו – כי יש לעודד ארגונים ציבוריים ועמותות לעשות שימוש בכלי התובענה הייצוגית כדי לקדם אינטרסים ציבוריים חשובים. לטענת המחבר, מערכת התמריצים הנוכחית מונעת מארגונים חברתיים להגיש תובענות ייצוגיות, בין היתר בשל תחושתם כי הפיכת האינטרס הכלכלי לעיקר מייצרת תחושת זילות, ונוכח החשש לפגיעה בתדמית הארגון; וכי "המודל היזמי" מביא לעתים לידי הגשת תביעות חפוזות ובלתי-מבוססות על ידי גורמים פרטיים, במקרים בהם יכלו להגישן ארגונים חברתיים המתמחים בתחום הנדון (עמ' 164-165). מעניין לציין, כי בישראל, על פי רוב, אין התובענה הייצוגית משמשת ככלי לקידומן של זכויות אזרחיות ופוליטיות, וזאת בשונה מארצות הברית, שם נעשה בה שימוש נרחב בהגנה על קבוצות מוחלשות בחברה, למיגור אפליה ולקידום זכויות; כך למשל, התביעה הנודעת כנגד מדיניות ההפרדה בין שחורים ולבנים – "נפרד אך שווה" – שהונהגה בין תלמידים לבנים ושחורים בבתי ספר ציבוריים, ושבוטלה במסגרת *Brown v. Board of Education*, 374

Deborah R. Hensler, ;U.S. 483 (1954) וראו פינק, בעמ' 171 ובהערה 53; *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gains* 12 (2000); ג' הלפטק "תאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התובענה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג' 247 (2005) (להלן הלפטק), בהערה 31; פרופ' ד' ברק-ארז עוולות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכויות החוקתיות 296-297 (1993). יש לציין עם זאת, כי גם בישראל הוגשו מספר תובענות ייצוגיות לשם הגנה על זכויותיהם של נכים ובעלי מוגבלויות (ראו הערעור בתובענות ייצוגיות, בעמ' 636).

כג. בסיכומם של דברים אלה אשוב ואזכיר, כי בסופו של יום בחר המחוקק בחוק המאפשר מינופו של האינטרס הכלכלי הפרטי של ציבור האזרחים ועורכי הדין לשם הגשמת האינטרס הציבורי הטמון בכלי התובענה הייצוגית. הגמול ההוגן לתובעים ייצוגיים ובאי כוחם הוא חלק ממערכת התמריצים הקיימת להגשת תובענות ייצוגיות, ומיעילותו של מכשיר זה; אך לצד זאת יש לזכור – כפי שהוטעם לעיל בהרחבה – כי מטרותיו של הליך התובענה הייצוגית הן ציבוריות ביסודן, בעוד שהתמריץ הכלכלי, אף שהוא חיוני, מהווה אחד האמצעים להגשמת מטרות אלה, בפיקוח הדוק של בית המשפט. לטעמי, יש בגישה זו ובסדרי העדיפויות הגלומים בה, כדי להביא למסקנה שלפיה יש לערוך פניה מוקדמת לרשות בטרם הגשת תובענה ייצוגית כנגדה, שכן אם ניתן להשיג את המטרה הציבורית ולהגשימה באמצעי שיהא יעיל יותר וגם בסופו של יום – זול יותר, הנה מה טוב.

תובענות ייצוגיות המוגשות כנגד הרשות

כד. ברי כי מקום שעסקינן בתובענה ייצוגית כנגד הרשות – ודוק, תובענה המוגשת נגד הרשות כ"רשות", על פי פרט 11 לתוספת, כפי שיורחב להלן בפסקאות כ"ח-כ"ט – האמור בדבר אופיה הציבורי של התובענה הייצוגית, ובפרט באשר לתפקידה באכיפת הדין, מקבל משנה תוקף. אזכיר, כי בנוסחו המקורי לא הוחל חוק תובענות ייצוגיות כלפי הרשות, ואך בעקבות דיונים סוערים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (ראו בין היתר עמ' 23-41 לפרוטוקול ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 11.1.2006), שונה החוק באופן שתיכלל

בו אפשרות להגיש תובענה ייצוגית גם כנגד הרשות (ראו ע"מ 7752/12 אסל נ' מקרקעי ישראל (2014) (להלן ענין אסל), בפסקה י"ג). ואכן, בפשט הדברים חל החוק על הרשות כשם שהוא חל על נתבע פרטי – ובלשונו של סעיף 29 לחוק, "חוק זה יחול על המדינה". ועם זאת, ותוך התחשבות בהשלכות התקציביות האפשריות של הליך ייצוגי על הרשות ותפקודה, כלל המחוקק הגנות מיוחדות ביחס אליה (ראו בר"ם 5438/14 עיריית קרית מוצקין נ' חזות בת שבע (2015), בפסקה 10; ענין אכדיה, בפסקאות 17-18). לסקירה ממצה של הוראות החוק הרלבנטיות ראו ענין כהן הנזכר בפסקאות 5-7, שבמסגרתו נדחתה עתירה בדבר חוקתיותן של ההוראות המסדירות את מעמדה המיוחד של הרשות כנתבעת בתובענה ייצוגית. נזכיר כאן – מעבר לסעיפים 9(ג) (חדילת הרשות) ו-21 (הגבלת סעד ההשבה לשנתיים) – את סעיף 3 לחוק, המצמצם את עילות התביעה שבגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית כנגד רשות, ובכלל זה מונע הגשת תובענה כנגדה "בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי"; סעיף 8(ב)(1), המאפשר לבית המשפט, מקום שהוגשה לו בקשה לאישור תובענה כנגד רשות, לשקול בהחלטתו אם הנזק בניהול ההליך צפוי לעלות באופן משמעותי על התועלת הגלומה בו; וסעיף 20(ד)(1), המאפשר לבית המשפט, בעת הטלת תשלום פיצויים על הרשות, להתחשב גם בנזק העלול להיגרם "לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו", ולשקול זאת למול התועלת לחברי הקבוצה ולציבור.

כה. אשר להצדקות בבסיס הגנות אלה, נאמר בענין כהן, כי אמנם מעמדה של המדינה כבעל דין אינו שונה ברגיל מזה של בעל דין פרטי, ואולם המחוקק רשאי – מטעמים של אינטרס ציבורי, ובהקשר דנא, למען השמירה על ודאות תקציבית ומניעת פגיעה בתפקודה של הרשות – לצמצם את החובות המוטלות עליה ובאופן זה ליצור הבחנה דיונית בינה לבין בעל דין פרטי. בהקשר זה ציין היועץ המשפטי בחוות דעתו בענין כהן, את החשש כי המדינה, בהיותה "כיס עמוק", תצורף לכל הליך ייצוגי; כי תשלום גבוה שתידרש הרשות לשלם "יתגלגל" אל עבר הציבור כולו, לרבות חברי הקבוצה המיוצגים בתובענה; וכי בהיבט אמפירי, המדינה, כגורם שלטוני, ממילא אינה מגיבה ישירות לתמריצים כלכליים (ראו ענין כהן,

בפסקה 35; גולדשטיין, בעמ' 11; אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" משפטים לח(3) 445, 469-471 (תשס"ט) (להלן "הגנה ייצוגית"). על מעמדה המיוחד של הרשות בחוק נאמר:

"... לא ניתן להתעלם ממכלול של שיקולים ייחודיים המחייבים התייחסות מקום שבו הנתבעת היא רשות המשמשת כנאמן על כספי הציבור והמופקדת על ביצוע המטרות הציבוריות שלצורך הגשמתן היא קיימת. כך למשל חיוב רשות ציבורית לשלם סכומים גבוהים מאוד עלול לפגוע בוודאות התקציבית שלה ולמנוע ממנה להמשיך ולמלא את תפקידה כראוי... במובן זה, פגיעה ברשות הציבורית, אשר למעשה "אין לה משל עצמה", עלולה להוביל לפגיעה בציבור כולו, ופגיעה כזו עשויה לעיתים לעלות על התועלת שהציבור יכול להפיק מקבלת התובענה הייצוגית שעל הפרק (ראו לעניין זה גם הערעור בעניין אשת, 271-274, שם עמדה השופטת ביניש (כתוארה דאז) על מנגנונים חלופיים הקיימים בשיטתנו המשפטית לעניין תביעה נגד רשויות, וכן ראו עמדתו של מיכאל קרייני במאמרו "התביעה הייצוגית בישראל - על פרשת דרכים" דין ודברים א 449, 502-504 (תשס"ה) "דברי השופט א' חיות ברע"א עיריית תל אביב נ' חגי טיומקין (2011) (להלן עניין טיומקין), בפסקה 23).

אופיה הציבורי של התובענה הייצוגית כנגד רשות בא לידי ביטוי גם בכך, שתכליתה המרכזית היא אכיפת הדין ומניעת המשך גביה בניגוד לחוק, דבר הנלמד במובהק מאפשרות החדילה והגבלת סעד ההשבה כלפי הרשות (ראו ענין בנק יהב, בפסקה ח'; גולדשטיין, בעמ' 12); "הוראת סעיף 9 לחוק, מלמדת, באופן מובהק, כי מטרת התובענה הייצוגית, המוגשת נגד המדינה היא להפסקת גביה בלתי חוקית" (דברי השופט א' שהם בענין אבוטבול, פסקה 46). כמו כן, בעת פסיקת גמול ושכר טרחה בתובענה ייצוגית כנגד הרשות, מתחשב בית המשפט בשיקול השמירה על הקופה הציבורית, שכבר קיבלה ביטוי מסוים בהגנה הניתנת למדינה במסגרת הוראת סעיף 9(ב) לחוק (שם, בפסקה 36). יצוין, כי מובן שאין לה לרשות לעשות שימוש ציני ומגמתי בטענה בדבר השמירה על הקופה הציבורית, ובמקרים בהם התקבלה תובענה ייצוגית שהוגשה נגדה – או כאשר הוגשה הודעת חדילה בעקבותיה – אין לשכוח כי הרשות פעלה שלא כדין עד להגשת התובענה.

מכל מקום, המחוקק איפשר לתבוע את הרשות בתובענה ייצוגית, אך בה בעת ביקש לצמצם את הפגיעה בקופה הציבורית, מתוך רצון להגן על האינטרס הציבורי הגלום בהמשך תפקודה התקין ומתן שירותיה לציבור. לכל אורכו של ההליך ישוה בית המשפט לנגד עיניו גם את ההגנה על הרשות, שמשמעותה הגנה על הציבור, שכן "אין לה לרשות משל עצמה ולא כלום" (בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 648 (1998) דברי השופט (כתארו אז) מ' חשין). נדגיש, כי אותם מאפיינים שעניינם מתן שירות חיוני או חשוב לציבור, המצדיקים עמידה בנורמות גבוהות יותר – כך למשל תובענה כנגד הרשות וכנגד גוף המספק שירות חיוני לציבור, כדוגמת בנק – מצדיקים את השיפתו של הנתבע לאחריות באמצעות התובענה הייצוגית (א' קלמנט, "קוים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, תשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 154 (תשס"ז) (להלן קלמנט)). מכאן גם החשיבות שבשמירה על התמריצים הקיימים להגשת תובענות ייצוגיות כנגד הרשות – לצד הכלל, כי על התובע להקדים ולפנות אליה בטרם הגשת התובענה.

התובענה הייצוגית כנגד הרשות כתובענה מינהלית

כו. כאמור, התובענה הייצוגית כנגד רשות היא תובענה מינהלית, המובחנת באופיה הן מהליך אזרחי רגיל, והן מהליך מינהלי "קלאסי", דהיינו עתירה מינהלית (או עתירה לבג"ץ) וערעור מינהלי. סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים לדון בתובענה זו נוסדה בסעיף 5(3) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, שעניינו "תובענה המנויה בתוספת השלישית (להלן – תובענה מינהלית)" (ראו י' זמיר הסמכות המינהלית – כרך ג' 1604 (תשע"ד-2014) (להלן זמיר – כרך ג')). התוספת מונה שני סוגי תובענות – הראשונה, תובענה לפיצויים שעילתה מכרז; השנייה, תובענה לפי סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, שעניינו "בקשה לאישור נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר ... בסעיף קטן זה, 'החלטה של רשות' – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים". לפי אותה הגדרה, החלטה של רשות היא: "החלטה של רשות במילוי תפקיד ציבורי על פי דין, לרבות העדר החלטה וכן מעשה או מחדל".

עוד יצוין, כי המונח "רשות" בסעיפים 3(א), 5(ב)(2), 9 ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות משמעו כהגדרת המונח בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים: "רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

כז. כאמור, התובענה המינהלית מצויה בתווך שבין המשפט האזרחי למשפט המינהלי: מחד גיסא, עוסקת היא בפעולות של הרשות המינהלית – דהיינו, עילתה היא מינהלית-אכיפתית באופיה (כך למשל, עילות הלקוחות מתחום דיני המכרזים והמשפט המינהלי, כגון הגינות, פגיעה בשויון וכדומה (ראו ע"מ 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל-מונד (2013) (להלן ענין קוטלרסקי)). כזכור, בתובענה ייצוגית על פי סעיף 5(ב)(2), עילתה של בקשה לאישור המוגשת כנגד הרשות היא מינהלית, ועניינה "החלטה של הרשות" – ביטוי בעל צליל מינהלי מובהק, ובייחוד כאשר הביטוי "החלטה של רשות" מתפרש כאמור על פי הגדרתו בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים. זאת ועוד, על פי כללי הסמכות המותוים בחוק, תובענה זו נידונה בפני בית המשפט לעניינים מינהליים. ואולם, מאידך גיסא, הסעד המבוקש בתובענה המינהלית אינו מינהלי באופיו – כגון, צו עשה או לא תעשה, או ביטולה של החלטה מינהלית – אלא אזרחי, בדמות השבת כספים שנגבו שלא כדין (ואמנם בתובענה ייצוגית כנגד הרשות, בהשוואה לתובענה לפיצויים שעילתה מכרז, הסעד הדומיננטי הוא אכיפתי - מאפיין מינהלי נוסף של הליך זה). כמו כן, על בית המשפט לדון בתובענה זו בהתאם לתקנות סדר הדין האזרחי – כקבוע בתקנה 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2001 – בעוד עתירות וערעורים מינהליים נידונים בהתאם ל"עילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק", כאמור בסעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים (אם כי יש המפרשים סעיף זה כחל גם על תובענות מינהליות). נאמר, כי "התובענה המינהלית היא תביעה דו-מהותית. מצד אחד שורשיה נטועים במשפט המינהלי ונעוצים בהפרת חובה מהחובות שמיטל המשפט המינהלי... מצד שני תכליתה של התובענה המינהלית היא לקבל פיצוי כספי שהוא סעד אזרחי מובהק" (א' שרגא ור' שחר המשפט המינהלי (6) סדרי הדין וראיות בבתי המשפט לעניינים מינהליים 420 (תשע"א-2011) (להלן שרגא ושחר). ביחס לתובענה מינהלית לפיצויים שעילתה

מכרז נקבע, כי בשל מאפייניה המינהליים, ידון בה בית המשפט לעניינים מינהליים כאשר המשפט המינהלי – הוא "לחם חוקן" – הוא העומד לנגד עיניו, ומדריכו ככוכב הצפון (ע"מ 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון, פ"ד נט(6) 243, 248 (2005); זמיר, בעמ' 1608, 1686):

"לדעתי, יש משמעות לכך שהמחוקק בחר למקם את התובענה המינהלית בחוק דנן. מחד גיסא, התובענה המינהלית אמנם מתאפיינת במאפייניה של תובענה אזרחית על המשתמע במהות, בסדרי דין ובדיני הראיות, ולכך נוגעת זיקתה על-פי דין לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984. מאידך גיסא, מעצם היותה "מינהלית" ומצויה ב"סביבת עבודה" של יישום הדין המינהלי, מתאפיינת היא במאפיינים מסוימים של הדין המינהלי, שהדעת נותנת כי עם הזמן יוצק לתוכם תוכן. רעיון זה הוא לכאורה דו-כיווני כשמדובר בבעלי-הדין: מחד גיסא, ייתן מן הסתם משקל מסוים להיותה של התובענה נדונה בבית-משפט מינהלי בכל הנוגע להתנהגותה של רשות מינהלית ולמצופה ממנה, ומאידך גיסא יחול הדבר גם על סממני התנהגות של התובעים ... לא בכדי לכאורה הונחה התובענה המינהלית על-ידי המחוקק בפני שופטים שהתמחותם וחשיבתם מעוגנות בדין המינהלי. בית-המשפט לעניינים מינהליים יפעל כשהעקרונות הבסיסיים, "כוכב הצפון" ... שלנגד עיניו הוא הדין המינהלי. אכן, בהפעילו את סדרי הדין האזרחיים בדונו בתובענה המינהלית יזכור בית-המשפט כי בתובענה לפיצויים הוא עוסק, אך גם לא ישכח את לחם חוקו. בלי לקבוע מסמרות, ניתן לשער כי אמות המידה, כמו שיהוי שבגדרי המשפט האזרחי, יופעלו במשורה ... עשויות להיות נגישות במידה רבה יותר בדין התובענה המינהלית.

...

(4) המסר העולה מן האמור הוא כי מחד גיסא, הבסיס הנורמטיבי העיקרי לפעולת בתי-המשפט המינהליים הוא הדין המינהלי. זו גישת המחוקק לעתירות המינהליות ולערעורים המינהליים. התובענה המינהלית היא אכן חריג לכך. היא אמנם מצויה בבית-המשפט המינהלי, אך היא טובלת בדין האזרחי ... הדעת נותנת כי בית-המשפט המינהלי לא יתעלם מ"מינהליות התובענה" בדונו בתיקים הבאים

לפניו כתובענות מינהליות, אף שיסודם אזרחי" (פסקה ד' (3)-(4), הדגשות הוספו – א"ר; ראו גם ענין קוטלרסקי).

בית המשפט לעניינים מינהליים שבפניו מובאת תובענה מינהלית לפיצויים אשר עילתה בדיני מכרזים, יכול לדחותה על פי טענות סף מינהליות כגון שיהוי ואי-מיצוי הליכים, אף אם באופן פחות דווקני ומחמיר מאשר בעתירות מינהליות (אציין, כי בע"א 5110/05 מדינת ישראל נ' שטיינברג (2007), הבעתי את הדעה שניתן באופן דומה להחיל את דרישת השיהוי ביחס לרשות המינהלית אף בגדרי תביעה אזרחית – ולא דווקא תובענה מינהלית – שהוגשה כנגדה). היועץ המשפטי מראה בחוות דעתו, כי בתי המשפט לעניינים מינהליים מחילים לא אחת טענות סף מינהליות בגדרי תובענות מינהליות (ראו למשל ת"מ (מחוזי-ים) 12/01 עתיד בע"מ נ' מדינת ישראל (2008); ת"מ (מחוזי-ים) טי. וי. שלוש בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (2007)). עם זאת נדמה כי לרוב אין מקום לדחיית מניה וביה של תובענות מינהליות על הסף מחמת אי-מיצוי הליכים, והדבר יבוא לידי ביטוי – ולטעמי, משמעותי – במסגרת פסיקת הפיצויים לתובע (ע"א 11145/08 חניוני הצלחה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון (2011)). באופן דומה, בהיות התובענה הייצוגית כנגד הרשות גם היא תובענה מינהלית המאופיינת בדואליות נורמטיבית כאמור, נראה כי ניתן ליישם במסגרתה אותן אמות מידה מינהליות; כפי שנראה עתה, ניתן להצדיק הטלת חובה לעריכת פניה מוקדמת בטרם הגשת תובענה ייצוגית כנגד הרשות, בין השאר, על בסיס החלת הדרישה למיצוי הליכים במסגרת תובענה מסוג זה. לדעתי מתיישבים הדברים עם צו השכל הישר.

כה. בשלב זה יוזכר – ולכך השלכה על אופיו המינהלי של הליך התובענה הייצוגית כנגד הרשות, ועל הצורך בפניה מוקדמת במסגרתה – כי התביעה הייצוגית היחידה שניתן להגישה כנגד הרשות בכובעה ככזאת, היא על פי פרט 11 לתוספת השניה לחוק: "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר". הבהרה זו חשובה בשל העובדה, שניתן להגיש מספר סוגי תובענות ייצוגיות כנגד הרשות בכובעה האחרים, וכן נוכח אי בהירות מסוימת המאפיינת את הוראות חוק תובענות ייצוגיות, כפי שיובהר. כך ניתן

להגיש תובענה ייצוגית כנגד הרשות בכובעה כ"עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, על פי פרט 1 לתוספת השניה (ונתייחס בהמשך הדברים להבחנה בין כובעי הרשות כ"רשות" מזה וכ"עוסק" מזה). נוסף לכך, ניתן להגיש תובענה ייצוגית כנגד רשות בכובעה כמעסיק (לפי פרט 8), או בענין הקשור להקפדה על שוויון זכויות ומתן נגישות לבעלי מוגבלויות (לפי פרט 9). ומדוע לכך חשיבות בענייננו? כאמור, התובענה הייצוגית כנגד הרשות היא תובענה מינהלית, המצויה ב"סביבת עבודה מינהלית" דהיינו, המחוקק בחר למקמה בחוק בתי המשפט לענינים מינהליים, והיא נדונה בפני בית המשפט לענינים מינהליים; אף שהסעד המבוקש בה הוא אזרחי, העילה היא מינהלית. ואולם "מינהליות" זו אינה מאפיינת תובענות ייצוגיות נגד רשות שאינן מוגשות על פי פרט 11 לתוספת, אשר אינן מהוות תובענה מינהלית – הן אינן מוסדרות בחוק בתי משפט לענינים מינהליים ואינן נידונות בפני בתי משפט אלה; גם ההגנות הנתונות לרשות, והמעידות על כך שהליך התובענה הייצוגית כנגד רשות מכוון בעיקר לאכיפת הדין – אפשרות החדילה שבסעיף 9, והגבלת סעד ההשבה שבסעיף 21 – חלות רק על תובענות המוגשות על פי פרט 11 לתוספת (אשר מוגדרות בחוק כ"תביעת השבה נגד הרשות"). במסגרת תובענות אחרות המוגשות כנגד הרשות, וביניהן תובענה כנגדה בכובעה כ"עוסק", "עומדות לה ההגנות שבחוק, המקנות שיקול דעת לבית המשפט לעניין אישור התובענה וקביעת שיעור הפיצוי" (ענין אסל, בפסקה י"ב). משמעות הדברים היא, כי הקביעה שלפיה יש להקדים פניה לרשות בטרם הגשת תובענה ייצוגית, מכוונת ככלל לתובענה המוגשת על פי פרט 11 לתוספת השניה; ואילו תובענות ייצוגיות המוגשות כנגד הרשות בכובעיה האחרים, כגון כעוסק, הנחת המוצא זהה לנסיבות שבהן העוסק הוא גוף פרטי – שכן המדינה פועלת שם בכובעה הפרטי, ולא השלטוני (רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876 (2002) (להלן עניין צ'רטוק); ת"א 382/96 (מחוזי תל-אביב) לנגברט נ' מדינת ישראל (2002) (להלן ענין לנגברט). במקרים כאלה אין אותה חובה כללית להקדים פניה, אף שבית המשפט רשאי בנסיבות מסוימות להתחשב באי פניה (ועל כך בהמשך).

כט. להבהרה זו חשיבות גם ביחס לתובענה המוגשת כנגד הרשות לפיצויים; לפי סעיף 5(ב)(2) כפשוטו – המשלים את פרט 2 לתוספת השלישית לחוק בתי המשפט

לענינים מינהליים – כל תובענה ייצוגית כנגד רשות "שעילתה החלטה של הרשות והסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר" (הדגשה במקור) מהוה תובענה מינהלית, הנדונה בפני בית המשפט לענינים מינהליים (ועל כן מאופיינת באותה דואליות נורמטיבית). בכל בקשת אישור מסוג זה – ובדיון בתובענה עצמה, ככל שתאושר הבקשה – הסמכות העניינית מוקנית לבית המשפט לענינים מינהליים. אך מה דינן של תביעות לפיצויים, ותביעות להשבת סכומים שאינם "מס, אגרה או תשלום חובה אחר"? כזכור, פרט 11 לתוספת השניה, שעל פיו ניתן להגיש תובענה ייצוגית כנגד הרשות ככזו, והכוללת בתוכה את הגנות החדילה והגבלת סעד ההשבה, אינו כולל תובענה לפיצויים, ואף נעדר התיבה "לרבות" – השמטה המעוררת את השאלה, מה דינן של אותן תובענות בגין פיצויים שאינם "מס אגרה או תשלום חובה אחר", כאמור נדמה אם כן, כי לא ניתן להגיש תובענה לפיצויים כנגד הרשות ככזו אלא על פי פרט 11 לתוספת, מסקנה המשתקפת גם מן העובדה שהמחוקק התכוון לכלול בגדרי סעיף 5(ב)(2) רק תביעות השבה על פי פרט 11 (ראו בענין אסל, בפיסקה ל"ד).

משמע, התובענה הייצוגית המינהלית היא לאמיתה כזו המוגשת על פי פרט 11 לתוספת, להבדיל מתובענה ייצוגית אחרת המוגשת כנגד הרשות על פי פרט אחר לתוספת. בית משפט זה גרס בענין אסל, כי תובענה ייצוגית המוגשת כנגד הרשות, להשבת סכומים שאינם "מס אגרה או תשלום חובה אחר", אינה נכללת בפרט 11 לתוספת. פועל יוצא מכך הוא, שתביעות כנגד הרשות שאינן על פי פרט 11 – השבה בגין סכומים שאינם מפורטים בו, תביעות פיצויים ותביעות כנגד הרשות בכובעיה האחרים, כגון כעוסק – אינן נדונות בפני בית המשפט לענינים מינהליים אלא בפני בית משפט אזרחי (ראו והשוו ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שדותי בריאות כללית (2009), בפסקה 72). דבר זה מצטרף לאמור מעלה, כי תביעות אלה נעדרות אותה "מינהליות" המאפיינת תובענות ייצוגיות אשר מוגשות על פי פרט 11, שהן המהוות כאמור תובענה מינהלית. לעניין זה נשוב ונאמר – ולכך השלכה בענייננו – כי כאשר הבקשה לאישור התובענה מופנית כנגד פעולת הרשות בכובעה המינהלי, הסמכות היא לבית משפט לענינים מינהליים, וכאשר הפעולה הנתקפת נעשתה בכובעה העסקי של הרשות, מקום התביעה בבית המשפט

המחוזי, ועצם הגשת בקשה על פי פרט זה או אחר אינו משליך על עילת התובענה במישור המהותי (ענין אטל, בפסקאות ל"ה-ל"ו).

פניה מוקדמת והדרישה למיצוי הליכים במשפט המינהלי

ל. עמדנו על אופיה המינהלי של התובענה הייצוגית המוגשת כנגד רשות לפי פרט 11, שמשמעה החלת עקרונות יסוד מן המשפט המינהלי במסגרתה, אף אם באופן פחות צרוף מאשר בעתירות וערעורים מינהליים. עיקרון אחד שיש בו כדי להשליך באופן ישיר על ענייננו, הוא חובתו של הפרט במשפט המינהלי ככלל למצות הליכים אל מול הרשות בטרם פניה לבית המשפט, חובה שאי-מילויה עלול להביא לידי דחיית תביעה או עתירה כזו או אחרת על הסף. אי מיצוי הליכים יכול שילבש צורות שונות, כגון הגשת עתירה כנגד החלטת הרשות ב"תקיפה עקיפה, מקום שקיים מנגנון ביקורת על החלטה זו באמצעות גוף מינהלי, שיש למצותו בטרם פניה לערכאות" (זמיר, בעמ' 1883); מקרה מובהק יותר של עתירה מוקדמת – והרלבנטי לענייננו – הוא בהיעדר כל פניה מוקדמת לרשות המינהלית בטרם עתירה לבית המשפט: "הכלל הוא אפוא שפניה אל הרשות המינהלית היא הצעד הראשון בדרך אל הביקורת השיפוטית" (שם, בעמ' 1874, וכן בהערה 28 ובאסמכתאות שם). בהקשר זה מביע פרופ' זמיר את גישתו, כי המדובר במושכל יסוד בכל הקשור להתנהלות מול הרשויות: "כלל בסיסי זה הוא כל כך פשוט וראוי עד שקשה להבין מדוע יפנה אדם אל בית המשפט בטענה נגד רשות מינהלית לפני שפנה אל הרשות עצמה" (שם, בעמ' 1876). הצידוקים בבסיסו של כלל זה ברורים: לעתים תביא פניה כזו את הפונה להשתכנע בצדקת הרשויות, או להיפך – הרשות תשתכנע בצדקת הטענה; הפניה עשויה להביא לחסכון משאבים וזמן שיפוטי, ולחדד או לצמצם את המחלוקות הקיימות:

"ראשית, פניה לרשות המוסמכת עשויה להביא לפתרון הבעיה, כך שלא יהא כלל צורך לפנות לבית המשפט. שנית, מנקודת המבט של בתי המשפט, קיום הדרישה עשוי למנוע הגשתן של עתירות שיתברר כי לא היה בהן צורך. שלישית, גם אם תשובתה של הרשות לפנייה אליה תהא שלילית, הרי הפנייה והתגובה עשויות למקד את המחלוקת ולצמצמה" (דברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס בבג"ץ 7823/10

תנועת יש גבול נ' הוועדה המייעצת למינויים לתפקידים בכירים (2011), בפסקה 6).

אכן, בחינת פשיטא הם הדברים, למצער מקום שעסקינן ברשות ציבורית; וגם לגבי הפרט על פי רוב – אם ישנה טרוניה, ראוי לטפל בה תוך פניה תחילה למי שבידו לפתור.

לא. פניה מוקדמת מאפשרת איפוא פתרון הבעיה על ידי הגוף בעל המומחיות לדבר, ואף יש בה כדי לתרום ליצירת שיח פורה ואפקטיבי בין הפרט לרשויות (ראו, בין היתר, בג"ץ 3581/07 קלו נ' הוועדה הארצית לתשתיות לאומיות (2010)). על פני הדברים נדמה, כי טעמים אלה יפים גם להחלטה של חובת פניה מוקדמת בטרם הגשת תובענה ייצוגית כנגד רשות. ואולם, בנקודה זו קיימת הבחנה מסוימת בין מאפייני הפניה המוקדמת בגדרי המשפט המינהלי ה"רגיל", לבין האופן שבו יש להחילה במסגרת תובענות ייצוגיות כנגד הרשות, כתובענה מינהלית. ראשית, במישור המושגי, נדבך יסודי בבסיסה של חובת הפניה המוקדמת הוא כי אין בית המשפט יכול להעביר ביקורת שיפוטית אלא על החלטה מינהלית שניתנה. ואולם, תובענה ייצוגית כנגד הרשות בשל גביה בלתי-חוקית מופנית בהגדרתה, על פי סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כנגד "החלטה של הרשות". חשוב מכך, במישור המעשי – היבט נוסף בקיום חובת הפניה המוקדמת, הוא כי על האזרח לאפשר לרשות זמן סביר ליתן תשובתה לפניה, ופרק הזמן נקבע בכל מקרה על פי נסיבותיו. יצוין, כי לפי סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, עובד ציבור – המוגדר בחוק זה כ"רשות שהוענקה לה סמכות על פי דין" – שנתבקש בכתב להפעיל את סמכותו "ישיב למבקש בהקדם, אך לא יאוחר מ-45 יום מיום קבלת הבקשה" (ראו רע"א 150/07 אי. אי. אם איטרנשיונל אלקטרוניקס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ (2007), בפסקה ו'; כן ראו סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, המטיל על הרשות חובה להפעיל את סמכויותיה "במהירות הראויה", שהתפרשה כמהירות הסבירה בנסיבות הענין (זמיר, בעמ' 1881)). אשר לתובענה הייצוגית כנגד הרשות, נראה כי ככל שיש להטיל חובת פניה מוקדמת לרשות, וכך דעתי, על בית המשפט להקפיד עמה בנוגע למהירות תגובתה; זאת, שכן ככל שימתין התובע המייצג להגיש את התובענה, יתאפשר המשך הגביה הבלתי חוקית על ידי הרשות – דבר

המנוגד לטובת הקבוצה ולאינטרס הציבורי – וכן יגבר חששו של התובע הייצוגי כי אחרים יקדימוהו ויגישו תובענה לפניו. בנוסף לכך, במסגרת החובה למצות הליכים מול הרשות, על הפרט להעלות את כל טענותיו כנגדה כבר בפניה המוקדמת אליה, והוא לא יורשה להעלות בפני בית המשפט בקשות או טענות שלא העלה לפני כן בפנייתו אל הרשות המינהלית (זמיר, בעמ' 1875). נוכח פערי הכוחות בתובענות ייצוגיות והמטרות החברתיות שבבסיסן, דומה כי אין לעמוד על דרישה זו ככל שנערכה פניה מוקדמת בטרם הגשת תובענה ייצוגית כנגד הרשות; דהיינו, יתכן כי לא בהכרח יש לפסול טענות מסוימות המועלות במסגרת תובענה ובקשה לאישורה כייצוגית, גם אם לא הועלו בגדרי הפניה המוקדמת, בכפוף לכך שפניה כזאת נערכה. כך או אחרת, ניתן בהחלט להציב את הדרישה למיצוי הליכים מול הרשות במסגרת התובענה הייצוגית כנגד הרשות – בהיותה תובענה מינהלית – בדמות החובה להקדים פניה אליה בטרם הגשת התובענה, בחינת מושכל יסוד במשפט המינהלי.

לב. בנוסף לכך ניתן, בנסיבות מסוימות, לראות בהיעדר פניה מוקדמת אי-קיומה של חובת ההגינות המוטלת על הפרט כלפי הרשות הציבורית מקובל בפסיקה, כי לצד החובה הרבה המוטלת על הרשות לפעול בהגינות כלפי הפרט, המושרשת היטב במשפטנו והמהווה מושכל ראשון (ראו רע"א 470/08 כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר (2010)), בפסקה ט' לחוות דעתי, אמנם במיעוט שם, אך דומה שלא בנושא זה; דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ (2011), בפסקה ו' לחוות דעתי והאסמכתאות המובאות שם), מוטלת גם חובה על הפרט להתנהל בהגינות מול הרשות, אף שהיא פחותה בהשוואה לחובה היתרה המוטלת על הרשות (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289 (1998); עע"מ 7217/10 אילנית מרכז לשיקום בע"מ נ' מדינת ישראל – הממונה על מחוז חיפה (2012), בפסקה ג' לחוות דעתי; רע"א 5210/08 זרח רוזנבלום עו"ד נ' מועצה מקומית חבל מודיעין (2010); רע"א 5541 החברה הכלכלית לפיתוח קרית אתא נ' מינהל מקרקעי ישראל (2012), בפסקה י'). גישה זו פותחה במקורה בענין קונטרס הנזכר, שם נתגלעה מחלוקת בין השופט זמיר לבין הנשיא ברק: לגישתו של השופט זמיר, קיימת במשפט המינהלי חובה כללית המוטלת על האזרח, שממנה יכול בית המשפט לגזור כללי התנהגות,

ואילו לגישת הנשיא ברק, אמנם קיימות חובות המוטלות על הפרט כלפי הרשות, אך אלה נקבעות באופן נקודתי, בכל מקרה בנפרד (ראו זמיר – כרך ג', בעמ' 1070-1077). מן הפסיקה עולה, כי נטיית בתי המשפט היא לעבר גישתו של השופט זמיר, הגם שמיעט לגזור משמעות אופרטיבית מקיומה של חובה זו (ראו ד' ברק-ארז המשפט המינהלי – כרך א' (תש"ע – 2010), בעמ' 282-287). אמנם, המקרה הטיפוסי של אי-קיום חובה זו כלפי הרשות מתקיים כאשר הפרט מסתיר במכוון מידע חיוני מפני הרשות, בבחינת אי-גילוי מהותי (בג"ץ 1884/02 דימיטרוב נ' שר הפנים, אלי ישי (2010), בפסקה 27), דבר השונה בטיבו, על פי רוב, מאי-נקיטת פניה מוקדמת בטרם הגשת תובענה כנגדה; שאלה היא אם חובת ההגינות של הפרט יכולה לבסס חובה המוטלת עליו לנקוט באופן אקטיבי בפניה מוקדמת בכל עניין ודבר. כשלעצמי נוטה אני להשיב על כך בחיוב, אך גם אם אין מבססים בהכרח את דרישת הפניה המוקדמת על חובת ההגינות, כבר אמרנו כי במשפט המינהלי קיימת החובה למיצוי הליכים בטרם עתירה לבית משפט מינהלי או לבג"ץ; ועוד – בהקשר אחר – עלות תובענה אזרחית "רגילה" באגרות ובשכר טרחה לעורכי דין גם היא שיקול שלא לתבוע בטרם פניה לרשות, כמובן כל עניין וסיווגו. יתר על כן, גישת המשפט המינהלי טבולה בשקיפות, וראו, בין השאר, חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998; אף במשפט האזרחי מדיניות החקיקה והשפיטה היא קלפים גלויים ככל הניתן, בכפוף לחריגים כגון חסיונות; ראו רע"א 2498/07 מקורות נ' בר, פסקה ט' (2007); ד"ר ש' לוי תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 179-180 (מהדורה 2, תשס"ח-2008). כך או אחרת, לטעמי 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. דבר זה בתובענה ייצוגית אף יתר על מערך יחסים "רגיל" בין האזרח לרשות (שגם בו עדיפים "גילוי נאות" ופניה מוקדמת). את התובענה הייצוגית עיצב המחוקק כמכשיר חברתי, ואם כן כאשר ניתן להשיג את המטרה החברתית בעלות נמוכה על ידי פניה מוקדמת, אין סיבה שלא לעשות כן. נזכור גם, כי אחת מן ההנמקות המרכזיות ביסוד הטלתה של חובת הגינות על הפרט כלפי הרשות, היא שעל האזרח לסייע לרשות להגשים את יעדיה (ברק-ארז – כרך א', בעמ' 278). גם דבר זה תואם לכאורה את הדרישה לפניה מוקדמת, כדי לאפשר

לרשות לתקן את המעוות מבלי הצורך לנהל הליך משפטי. אוסיף, כי כפי שנראה בהמשך, יש לתת ביטוי גם לחובת ההגינות של הרשות עצמה בהקשר זה.

על החובה לערוך פניה מוקדמת לרשות המינהלית

לג. כפי שיפורט להלן, הטלת חובה לערוך פניה מקדימה לרשות, אף שהיא מגשימה במידה רבה את מטרותיו של הליך התובענה הייצוגית, כרוכה בעלויות העלולות לפגוע במערכת התמריצים להגשת תובענות אלה. למעשה, מבנהו הנוכחי של חוק תובענות ייצוגיות, ובפרט מערכת התמריצים הגלומה בהוראותיו, מקשה במידה לא מבוטלת על הטלת חובה מסוג זה; וכאמור, על הכרעתנו בנדון לאזן בין השמירה על מערכת תמריצים זו, לבין הגשמתן של תכליות היסוד בחוק תובענות ייצוגיות. איזון זה יבוא לידי ביטוי בעיקר באופן היישום של חובה זו, אך יוטעם כי נקודת המוצא היא, שיש להקדים פניה לרשות בטרם הגשת תובענה ובקשה לאישורה כייצוגית, וכי המדובר בשיקול רלבנטי בעת פסיקת גמול ושכר טרחה. עם זאת בסופו של יום כל מקרה ייבחן על רקע נסיבותיו, ולעתים – שלא יהיו כל עיקר הכלל – היעדר פניה לא ייזקף לחובתם של התובע המייצג ובא כוחו. הכלל הוא הפניה המוקדמת.

טיעונים כלליים התומכים בעד הטלת חובת פניה מוקדמת

לד. לשלמות התמונה נידרש עתה לטיעונים התומכים בהטלת חובה לפניה מוקדמת בתובענות ייצוגיות בכלל. טיעונים כאלה מתחזקים כאשר מדובר ברשות מינהלית. פניה מוקדמת נועדה בראש וראשונה לודא שבקשת אישור לתובענה ייצוגית תוגש לאחר בדיקה הולמת של התשתית העובדתית והמשפטית שבבסיסה. זאת, בייחוד באשר החוק מתמרץ תובעים ייצוגיים ועורכי דין להגיש תובענות ייצוגיות במהירות המרבית; על פי סעיף 7 לחוק, כאשר מוגשות בקשות אישור המעוררות שאלות דומות של עובדה או משפט, ככל שהדיון בבקשה הראשונה כבר החל ובתנאי שהתפרסמה בפנקס התובענות הייצוגיות כנדרש בסעיף 28 לחוק, מוקנית לה עדיפות על הבקשה השניה, תוך הקניית שיקול דעת לבית המשפט לסטות מן הכלל במידת הצורך ובהתאם לשיקולי צדק (ענין דינרי, בפסקאות י"ט-כ"א). נוכח זאת "שהוגשה בקשה, ניתן להניח כי עורך דין השוקל להגיש אף הוא בקשה לאישור, לא ישתהה כדי להשלים בדיקה מקדמית בטרם הגשתה. מערך

תמריצים זה מביא מעצם טבעו להגשת בקשות בחיפזון, בלא שנערכת בדיקה הולמת של סיכויי הבקשה להתקבל וללא הנחת תשתית משפטית ועובדתית (ראו דבריי המצוטטים מעלה – בפסקה כ"א – מענין צאייג הנזכר; רע"א 8562/06 פופיק נ' פזגז 1993 בע"מ (2007), בפסקה 8). במצב דברים זה, מסתכן עורך הדין כי לאחר קבלת תשובתו של הגוף הנתבע תידחה התובענה ויחויב בהוצאות; ולחלופין, אם ימצא כי לבקשה סיכוי סביר להתקבל, יוחלפו התובע או בא כוחו במייצגים הולמים יותר בשל נסיבות כאלה ואחרות, דבר שיפחית את התועלת הצפויה מן התובענה ויהפוך את ניהולה לבלתי כדאי כלכלית. אכן, לעתים קרובות תוכל פניה מוקדמת למנוע הגשת בקשות בחיפזון באופן המתואר. עם זאת, באותה נשימה ניתן לומר – ועל כך יורחב בהמשך – כי אותם "דיני מהירות" עלולים לעמוד לרועץ לפניה מוקדמת חרף התועלת הגלומה בה.

לה. בהמשך למגמה התומכת בפניה מוקדמת כדי להביא לחסכון משאבים לתובעים ולנתבע הפוטנציאליים ולהפחית את העומס המוטל על בתי המשפט, פעמים שברור מקדים יסייע לתובע המייצג ובא כוחו לבסס את תביעתם, ולהיפך – ייתר את הגשת התובענה ככל שיתגלה כי היא נעדרת בסיס, או יגיעו הצדדים לפתרון בדרכי שלום. כך למשל, בענין אייל הנזכר, הגיש התובע המייצג בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד מעבידו בגין אי תשלום "דמי חגים". לאחר מגעים ביניהם, הוברר לו כי אין תביעתו יכולה להוות תובענה ייצוגית, בין היתר הואיל והקבוצה שאותה התיימר לייצג לא היתה עשויה מקשה אחת, ונדרש ברור פרטני לגבי כל חבר בה, וכן כי הנתבעת שילמה את הסכום הנתבע לעשרות עובדים שפנו אליה באופן פרטני. כתוצאה מכך, היה על התובע להגיש בקשת לאישור הסתלקות מתביעתו. מקרה זה מלמד, כי אף שהטלת חובה לערוך פניה מוקדמת כרוכה בחשש מיצירת אפקט מצנן כלפי הגשת תביעות ייצוגיות ראויות, יש בה כדי ליצור "אפקט מצנן חיובי" מפני הגשת תובענות סרק שאינן מבוססות כדבעי. לעתים גם עשויה פניה כזו לאפשר לנתבע הפוטנציאלי – אשר מעוניין, על פי רוב, להימנע מן העלויות הכרוכות בניהול הליך ייצוגי – הזדמנות לתקן את המעוות ולשנות מדרכו, ותוך כך לפתור בעיית אמת וגם להביא לחיסכון בזמן שיפוטי ובמשאביהם של המתדיינים והציבור כולו:

"אמנם לא כולנו מלאכים, אבל גם לא כולנו זאבים. הדבר הפשוט הנכון והמתבקש היה לפנות לרשת, להציג לה את הליקוי שהתגלה וצולם, ולבקש הסבר. רק אם ההסבר אינו מניח את הדעת ו/או האזרח לא נענה ע"י הרשת, אז ורק אז, יש מקום להגשת תובענה ייצוגית." (דברי סגנית הנשיאה ד"ר ד' פלפל, ת"צ (מחוזי תל-אביב) 28063-05-11 בסלר נ' טיב רשתות בע"מ, בעמ' 3).

באותו מקרה היה המדובר בחברה מסחרית שנתבעה; אך דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר עסקינן בתובענה כנגד הרשות, המוחזקת כפועלת בשויון ולטובת הציבור. בהמשך למגמת ההתייעלות, חובת פניה מוקדמת נגזרת מחובתם של הצדדים לתובענה להתנהל באופן יעיל והוגן במהלכה ואף עובר להגשתה. חובה זו משתקפת במטרת החוק המתוארת בסעיף 1(4): "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות"; ובאופן דומה, בהוראה שלפיה יאשר בית המשפט תובענה ייצוגית רק כאשר שוכנע, כי זו "הדרך היעילה ביותר וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין" (סעיף 8(א)(2)). הוראה אחרונה זו משקפת את התפיסה, שיש לייחד את כלי התובענה הייצוגית למצבים שבהם אין ניתן להביא לפתרון הסכסוך בדרכים יעילות יותר (ראו למעלה בפסקה ח').

לו. הצדקה נוספת לקיומה של דרישה לפניה מוקדמת, היא חובתם של התובע הייצוגי ובא כוחו לפעול לטובת הקבוצה בנאמנות ובתום לב, דבר המובא בחשבון על ידי בית המשפט בכל שלבי ההליך, ואף בטרם הגשת התובענה – "על הצדדים לנהוג בתום לב בנאמנות ובהגינות החל מן הבירורים המוקדמים ביניהם, תוצאותיהם והשלכותיהם, בכל הנוגע לקיומן של עילות תביעה המצדיקות נקיטה בהליך התובענה הייצוגית" (ענין אייל, בעמ' 6). דומה, כי אי-נקיטה בפניה מוקדמת עשויה לעתים לעלות כדי חוסר תום לב או למצער, חוסר הגינות דיונית. החלת נורמות דיוניות של הגינות ותום לב בשלב הקודם לתביעה מעוגנת הן בחובת תום הלב הכללית המוטלת על בעלי דין – ויש להניח שקיומה של הידברות בין הצדדים בטרם נקיטה בהליך משפטי מהווה חלק מחובה זו, אף אם אין הדבר מפורש בחוק – והן בהוראת סעיף 8(א)(4), שלפיו יאשר בית המשפט תובענה ייצוגית אם "קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב".

כך מציין הלפטק במאמרו הנזכר, כי הגשת תביעה בגין הפרת חוק כאשר נמנעו התובע המייצג ובא כוחו להתריע מפניה, עשויה לעלות כדי חוסר תום לב:

"יסוד תום הלב בהגשת תביעה ייצוגית אינו מתקיים מקום שהגשת התביעה הינה קנטרנית או סחטנית, או מקום שעורך הדין המבקש לייצג את הקבוצה או התובע הייצוגי ידעו על הפרת החוק, אך נמנעו מלהתריע עליה או לא מנעו את תוצאותיה" (עמ' 328).

בנוסף, לעתים תסייע פניה מוקדמת הן לבעלי הדין והן לבית המשפט לחדד את המחלוקת המשפטיות הקיימות ואת מכלול האינטרסים הצריכים לענין, ולבחון האם בנסיבות המקרה מהוה התובענה הייצוגית הכלי ההוגן והיעיל ביותר לפתרון המחלוקת – דהיינו, גם אם לבסוף תוגש התובענה לבית המשפט, פניה מוקדמת עשויה לייעל את הדיון ובכך לקדם את האינטרס הציבורי. וכאמור, במקרים מסוימים, מן הסתם קיצוניים, אף עלול היעדר הפניה המוקדמת לעלות כדי "ניצולו לרעה של הליך התובענה הייצוגית לצורך הגשת תביעות סרק חסרות בסיס עובדתי או משפטי כנגד נתבעים בעלי 'כיס עמוק' (דברי המשנה לנשיאה א' ריבלין בע"א 1509/04 דנוש נ' Chrysler (2007), בפסקה 15) – למשל, מקום שסבר התובע המייצג כי יתכן שתביעתו היא תביעת סרק, ויכול היה בנקל לברר זאת באמצעות פניה מוקדמת, ולא עשה זאת. כמו כן, יתכנו מקרים שבהם בהיעדר פניה מוקדמת לא תתקיים טובת הקבוצה ויופרו חובות התובע המייצג ובא כוחו כלפיה:

"תום הלב הדיוני משמיע, בין היתר, כי התובע נדרש מלכתחילה לבסס את בקשת האישור על בדיקה יסודית ומעמיקה של התשתית העובדתית והמשפטית הצריכה לעניין (עניין שופרסל (ראו למטה – א"ר) פסקה 9(א)). בהתאם לכך, הגשת בקשה לאישור מבלי לערוך בדיקה מעמיקה של התשתית העובדתית והמשפטית הרלוונטית עלולה כשלעצמה להוליך למסקנה כי יש יסוד סביר להניח שהתובע הייצוגי ובא כוחו לא ייצגו את הקבוצה בתום לב" (דברי השופט ע' פוגלמן בענין אינסלד, בפסקה 19; ראו גם 2444/08 שופרסל בע"מ נ' כהן (2008), בפסקה 19).

וגם:

"היעדר פניה מוקדמת ואי מיצוי הליכים שהינם חלק אינטגרלי בלתי נפרד מחובת תום הלב המוטלת על

תובע ייצוגי בניהול של הליך תובענה ייצוגית, בשמו ובשם הקבוצה אותה הוא מייצג ... מכאן שיש לתת לכך משקל ממשי בעת פסיקת הגמול לתובע ושכר טרחה לבא כוחו. חובת תום הלב כוללת בירור מקדים ופניה מוקדמת למשיבה כדי למנוע בזבוז משאבים מיותרים לשני הצדדים" (דברי השופטת נ' מוניץ, בת"צ (מחוזי נצרת) 53027-02-13 בלאו נ' אלוניאל (2013)).

לחובת תום הלב ניתן לזווג את נושא השקיפות, ה"קלפים הגלויים", שאליה נדרשנו למעלה (פסקה ל"ב).

לז. כך איפוא, 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 התנהלות בלתי ראויה למול הנתבע; וזאת, ביחוד מקום שהאינטרס המרכזי של הקבוצה היא מניעת התנהגות עתידית של הנתבע הפוטנציאלי, בשונה מסעד הצופה פני עבר. דהיינו, כאשר מדובר בעוולה או גביה לא חוקית הפוגעת בחברי הקבוצה, עשויה פניה מוקדמת להביא לידי כך שהנתבע יפסיק את התנהגותו לאלתר, דבר שלא יושג שלא באמצעות פניה כזאת:

"ניתן לתמוה מדוע נמנעו המבקשים מלבצע פניה מוקדמת, אשר עשויה הייתה לחסוך מהם את הצורך בהגשת בקשה להכרה בתובענה כייצוגית, ואף להקל על המשיבים להיענות לדרישה (שכן בהיענותם לא היו חושפים עצמם לסיכון הכספי הכרוך בקבלת טענות המבקשים לאחר שנפתח הליך משפטי). גם על כך אוכל רק להעלות השערה, גם אם השערה הנראית מבוססת למדי: לו היו המבקשים מקדימים פניה לתובענה, הרי שאם הייתה דרישתם נענית, לא היו יכולים לדרוש מהמשיבים כל תשלום בגין פועלם, וזאת בשונה מהגמול והשכר אותו יכולים הם לבקש במסגרת הליך התובענה הייצוגית. ואולם, פשיטא כי טעם זה, ככל שאכן הדריך את המבקשים, אינו יכול להצדיק את העדר הפניה המוקדמת. מטרתו של הליך התובענה הייצוגית הוא בראש ובראשונה לקדם את אינטרס הקבוצה. הימנעות מפניה מוקדמת משיקולי גמול ושכר, בנסיבות בהן טובת הקבוצה מחייבת זאת, היא פעולה

שאינה עומדת בחובת המסירות והנאמנות של מי שמבקש לשמש כפה לקבוצה. הימנעות כזו היא פסולה, אם כך, לא רק בשל היותה התנהלות בלתי הוגנת וראויה אל מול המשיב (והשוו סעיפים 4(1) ו-8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, המורים כי יש לאפשר שימוש בהליך התובענה הייצוגית רק כאשר אין בנמצא דרכים יעילות יותר לפתרון הסכסוך), אלא גם בשל היותה הפרה של חובת האמון לקבוצה (השוו סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות) "דברי השופט ע' גרוסקופף בענין חדסט, בפסקה 27).

בהיבט המעשי, לפי גישה זו, ככל שתיענה הפניה המוקדמת בחיוב ותיפסק הפעילות הבלתי-חוקית, נמצא כי היתה זו הדרך היעילה וההוגנת לפתרון המחלוקת; היה ותידחה הפניה, והרשות תעמוד בשלה, יהיה התובע המייצג חסין מטענה בדבר פעילות לא הולמת ושימוש בתובענה באופן נמהר ושלא לצורך, ועריכת הפניה תבוא לידי ביטוי בגמול ובשכר הטרחה שייפסקו.

לח. כאמור, דברים אלה חלים באופן עקרוני כלפי תובענות ייצוגיות כנגד נתבעים פרטיים וכנגד הרשויות כאחד, אם כי הטעמים הכרוכים ביעילות וחסכון משאבים בודאי נכונים ביתר שאת כאשר עסקינן בנתבע שהוא רשות; כאמור, שיקול השמירה על הקופה הציבורית בא לידי ביטוי בחוק, במסגרת אפשרות החדילה והגבלת סעד ההשבה, ומובא בחשבון על ידי בית המשפט בעת פסיקת גמול ושכר טרחה לחובת הרשות. לטעמים אלה נוסף את שצוין מעלה לגבי אופיין הייחודי של תובענות ייצוגיות כנגד רשות: ראשית, ובדומה לעתירה מינהלית, תכליתן המרכזית היא מינהלית-אכיפתית – האינטרס הראשון במעלה הוא אכיפת החוק, ומניעת המשך פעולתה הבלתי-חוקית של הרשות (אף כי עדיין קיימת תכלית פיצויים של התובעים, אלא במידה פחותה). כאמור, מטרה זו ניתנת לעתים להשיג באמצעות פניה מוקדמת, ללא כל היזקקות להליך משפטי, כנלמד מן ההגנות הנתונות במיוחד לרשות. החדילה, למשל, כל מטרתה לאפשר לרשות לתקן את דרכיה, ועל-ידי כך, ראשית, לשרת כראוי את הציבור, ושנית למנוע הוצאות מיותרות. בהמשך לכך, תובענה ייצוגית כנגד הרשות מהוה, כאמור, תובענה מינהלית, ומשכך מאופיינת בדואליות נורמטיבית; ועל כן ניתנת להחיל בגדרה, בין יתר הדרישות המינהליות, את החובה למצות הליכים למול הרשות, בדמות החובה

לערוך פניה מוקדמת בטרם הגשת תובענה ייצוגית. הזכרנו גם את חובתו של הפרט לפעול בהגינות למול הרשות, אף שחובת הרשות כלפי הפרט היא, כאמור, גדולה הימנה. כפי שנרחיב, קיומם של טעמים אלה – הייחודיים לתובענה הייצוגית המינהלית – הוא שמטה את הכף לכיוון ההכרעה המוצעת, שלפיה, כאמור, קיימת חובה כללית של פניה מוקדמת לרשות בטרם הגשת תובענה ייצוגית. כפי שיפורט להלן, קיימים גם טעמים נוספים – אשר יפורטו עתה – המהווים מענה לחששות שמעלה הדרישה לפניה מוקדמת, והמאפיינים במיוחד את התובענה הייצוגית כנגד הרשות. בטרם זאת יודגש, כי אין בכל האמור כדי לטעת מסמרות בשאלת החובה לערוך פניה מוקדמת לנתבע פרטי. אמנם עריכת פניה מוקדמת מהוה בעיני, כאמור, מידת התנהגות רצויה גם בתובענות אלה – בכפוף כמובן לנסיבות המקרה, ובהנחה שאין בכך כדי לפגוע בחברי הקבוצה – אך חסרים לכאורה המאפיינים הייחודיים של התובענה מול הרשות, שיש בהם כדי לאיין את העלויות הכרוכות בהטלת חובה זו. עם זאת אטעים, כי יתכן שבנסיבות מסוימות היעדר פניה מוקדמת יהוה הפרה של החובות המוטלות על התובע הייצוגי ובא כוחו גם בתובענה פרטית, ויוכל בית המשפט להתחשב בכך בגדרי ההליך הייצוגי; ואולם אין הדבר בעוצמה נורמטיבית במקרה של תובענה כנגד הרשות, שנקודת המוצא לגביה היא, ככלל, חובת הפניה המוקדמת.

טיעונים כנגד הטלתה של חובת פניה מוקדמת

לט. שלמות התמונה מצדיקה גם לסכם את הטיעונים כנגד הטלתה של חובת פניה מוקדמת. כפי שנראה, פניה כזאת כרוכה בעלויות מסוגים שונים – לאו דווקא ממוניות מעיקרא, אף שכולן מביאות לתוצאה ממונית – המעלות את החשש לפגיעה במערכת התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות, ולפגיעה ביעילותו של כלי זה. ניתוח מקיף של עלויות אלה ניתן למצוא במאמרם של ט' חבקין וח' בן נון, "היש להטיל על התובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור כתובענה ייצוגית?" (צפוי להתפרסם בעלי משפט י"ב) (להלן חבקין ובן-נון), הדן בתובענה ייצוגית המוגשת כנגד הרשות וכנגד נתבע פרטי כאחד (ואמנם נמנו בו נימוקים מיוחדים ביחס לתובענה המוגשת כנגד הרשות). אומר כבר כאן, כי – בכל הכבוד – דעתי שונה וכשלעצמי סבורני כי יתרונותיה וחשיבותה של הפניה המוקדמת,

כמובן במיוחד כנגד הרשות אך גם בתובענה הפרטית, עולים על חסרונותיה. לגישת המחברים המלומדים, הטלת חובה לפניה מוקדמת אינה עולה בקנה אחד עם מאפייניו של מוסד התובענה הייצוגית, ובפרט ביחס לתמריצים הקיימים להגשתן של תובענות אלה; וכן מקשה על יכולתו של בית המשפט לפקח על התנהלותם של הצדדים בטרם ההליך ובמהלכו, נדבך מרכזי בחוק תובענות ייצוגיות. אשר לעלויות הכרוכות בהטלת חובת פניה מוקדמת, טוענים המחברים, ראשית, כי פניה מוקדמת עלולה להביא לחשיפת מידע באופן המנוגד לאינטרס הכלכלי של התובע המייצג ועורך דינו, ואף מנוגד לטובת הקבוצה המיוצגת. כך, פניה מוקדמת עלולה לחשוף בפני אחרים את הכוונה להגיש תובענה ייצוגית, ואלה עלולים ולהקדים ולהגיש בקשה לאישור, נוכח מערכת התמריצים המגולמת בכלל "כל הקודם מייצג"; שנית, אף אם יסכים הנתבע ליתן את מלוא הסעד המבוקש בעקבות פניה מוקדמת, אין בכך כדי לחסוך התדיינות בבית המשפט – נוכח החשש שהנתבע לא יעמוד בהתחייבויותיו בהיעדר פיקוחו של בית המשפט, אשר ראוי כי יופעל בדומה לפיקוח בהליך של אישור הסדרי פשרה; ועוד, ממילא עדיין מוטל יהיה על בית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ולבא כוחו, כדי לשמור על תמריץ עתידי להגשת תובענות ייצוגיות ראויות. בנוסף, ככל שהנתבע מודה בעוולה, יינתן סעד לטובת הקבוצה במסגרת ההליך (אף שכאמור, לרשות נתונה אפשרות חדילה), ואף קיימת אולי עדיפות לכך שהפסקת אי-החוקיות תבוא לאחר הגשת בקשה לאישור, באופן שהתנהגותו של הנתבע תזכה להד תקשורת, המבטא את האפקט ההרתעתי-ציבורי שבחוק; שלישית, בשונה מהליך אדברסרי רגיל, יש ספק ביעילות ההידברות המוקדמת בין הצדדים מחוץ לבית המשפט; זאת, שכן פניה מוקדמת מעצימה את בעיית הנציג המובנית במוסד התובענה הייצוגית, ועלולה להביא את הנתבע לשלול את עילת תביעתו האישית של התובע המייצג על ידי פיצויו, ולחלופין לשלם לו סכום כספי בתמורה לויתור על הגשת בקשה לאישור, באופן שאף עשוי לגרום לחלקים מן התביעה להתיישן; או להוביל לקיומו של משא ומתן בטרם הגשת בקשה לאישור, שאז מתעורר חשש כי הצדדים יסכימו לפשרה שאינה עולה בקנה אחד עם האינטרסים של חברי הקבוצה; וכי אף אם יובא הסדר הפשרה לאישורו של בית המשפט – ככל שניתן לעשות כן בטרם הגשת בקשה לאישור – לא יוכל בית המשפט לעמוד על טיבו ללא כתבי הטענות מטעם הצדדים.

מ. לגישת המחברים חבנקין ובן-נון ניתן להשיג את מטרותיה של הפניה המוקדמת – ובעיקר, בדיקה הולמת שתוביל להגשתן של תביעות ראויות – באמצעים אחרים, יעילים יותר. כך, ניתן להשיג את המידע הנדרש באמצעות חקירה פרטית, בדיקה מול חברי קבוצה פוטנציאלית, וניסיון לברר את העובדות למול הנתבע, מבלי לחשוף את מטרת הברור. לבסוף סבורים המחברים, כי מקום שהנתבע הוא רשות, קיימים שיקולים נוספים המחזקים את מסקנתם: לטעמם פניה מוקדמת תאריך את התקופה שבין הפניה לבין הגשת הבקשה לאישור – ככל שזו תוגש – ואם תמסור הרשות הודעת חדילה, ייצא כי התשלום שנגבה שלא כדין לא יושב לחברי הקבוצה; וניתן ביתר קלות לאסוף מידע לביסוס עילת תביעה ביחס לרשות בלא הצורך לערוך פניה מקדימה – כך למשל, באמצעות הגשת בקשה לפי חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. לשיטת המחברים, התמריץ להגשת תובענות ייצוגיות כנגד הרשות מוחלש ממילא, בשל מנהגם של בתי המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה בסכומים נמוכים בשם השמירה על הקופה הציבורית. לבסוף טוענים המחברים, כי זרישת תום הלב שהטיל המחוקק על התובע המייצג ובא כוחו במסגרת סעיף 8(א)(4), חלה במישור היחסים שביניהם לבין חברי הקבוצה, ולא ביחסיהם עם הנתבע הייצוגי. לגישתם, יש להימנע מהרחבת חובת תום הלב בהקשר זה, כדי שלא לפגוע בתמריץ להגשת תובענות ייצוגיות (ראו קלמנט, בעמ' 150-151); זאת, שכן בשונה מהליך אזרחי רגיל, אין לתובע הייצוגי אינטרס לפנות לנתבע לפני פתיחה בהליך משפטי, מן הטעמים שצוינו. לטעמים אלה ניתן להוסיף, כי יתכן שהעלויות הכרוכות בפניה מוקדמת ובהיענותה של הרשות לפניה, זהות ממילא לאלה הכרוכות בהגשת תובענה ייצוגית ובקשה לאישורה מזה, וכן להגשת הודעת חדילה מצד הרשות מזה; ועוד, מדוע להטיל חובת פניה מוקדמת אל הרשות, שעה שכבר קיים מכשיר המאפשר לייתר את ההליך בשלב מוקדם, היא אפשרות החדילה? ואולם, בסיום פרק זה אדגיש, כאמור, לטעמי האינטרס הציבורי שביסודו של מוסד התובענה הייצוגית ובודאי כשהמדובר ברשות – גובר על כל אלה, ואף במובהק; ואוסף, כי עצם קיומו של "מוסד החדילה" מחזק לדעתי את הצורך בפניה מוקדמת, שתשיג את החדילה במהרה.

מסקנה – ככלל, יש לערוך פניה מוקדמת לרשות המינהלית

מא. לגישתי איפוא, חרף העלויות המתוארות, חובה כללית להקדים פניה לרשות מוצדקת בעליל מתוך שילוב הסיבות השונות – הן בשל מאפייניה של התובענה הייצוגית בכלל, כמכשיר חברתי הנועד להשיג את טובתם של הצדדים ביעילות המרבית, ונוכח החובות הדיוניות המוטלות במסגרתה על התובע המייצג ובא כוחו; הן בשל מאפייניה של התובענה הייצוגית המוגשת כנגד הרשות, אשר מכוונת בעיקר לאכיפת הדין ומניעת המשך גביה בלתי-חוקית, דבר המשתקף כאמור, בין היתר, באפשרות החדילה ובהגבלת סעד ההשבה; והן בשל מאפייניה המינהליים של התובענה הייצוגית המוגשת כנגד הרשות – תובענה מינהלית – שמהם ניתן לגזור את חובתו של הפרט למצות הליכים למול הרשות. החובה לערוך פניה מקדימה לרשות היא אחתה של החובה לפעול בהגינות מולה.

מב. כזכור, המשיב טען כי אין להוסיף פריבילגיות נוספות לטובת הרשות, הנהנית כבר מהגבלת סעד ההשבה ובייחוד מאפשרות החדילה. דברים אלה על פניהם שובים את הלב; ואולם לטעמי, כינוי הגנות אלה בשם פריבילגיות הנתונות לרשות לוקה בחוסר דיוק; כאמור, אין לה לרשות דבר משל עצמה – ושמירה על הקופה הציבורית היא בעת ובעונה אחת שמירה על האינטרס הציבורי, ורציונל זה הוא שביסוד ההגנות (ראו הציטוט מעניין טיומקין, הנזכר בפסקה כ"ה מעלה). מובן, כי יש להימנע ככל הניתן ממצב שבו החיסכון האמור יבוא על חשבוננו של פרט זה או אחר, אך לעתים תוצאה זו בלתי נמנעת, ומכאן גם מערכת האיזונים שבחוק תובענות ייצוגיות. תפיסה זו באה לידי ביטוי גם בכך שעל בית המשפט לשוות לנגד עיניו את השמירה על הקופה הציבורית בעת מתן סעד לקבוצה ובפסיקת גמול ושכר טרחה. נראה איפוא, כי קיומן של הגנות אלה מחזק את ההצדקה שבהטלת חובה כללית לערוך פניה מוקדמת, אף אם אין חובה זו מוזכרת מפורשות בחוק. לגישתי, עולה היא בקנה אחד עם החוק ומשתמעת בייחוד מן החובות המוטלות במסגרתו על התובע המייצג ובא כוחו, ומן ההגנות הנתונות לרשות כנתבעת. וביתר חידוד: חרף קיומה בחוק של אפשרות החדילה, המאפשרת שינוי מדיניות הרשות תוך חסכון משאבים, עדיין מן הראוי שתובע מייצג ובא כוחו יקדימו פניה, משום שעשויה להיות בכך אף תועלת נוספת, של פתרון מהיר. כאמור, יטען הטוען, כי יתכן שהעלויות הכרוכות בהגשת פניה מוקדמת ובתגובת

הרשות לפניה, יהיו זהות לעלויות הכרוכות בהכנת תובענה ובקשה לאישור, וכן בהודעת חדילה. ואולם, ספק בעיני אם בירור מקדים במסגרת פניה מוקדמת כרוך באותן עלויות בהן כרוכות הכנת תביעה ובקשה לאישור. אף ביתר שאת קשה להלום, כי עלות עריכתה של תגובת הרשות לפניה – אף שיש להניח כי לעתים עשויה היא להצריך השקעת משאבים מסוימים מצדה, כגון עריכת בירור פנימי – כמותה כעלות הכרוכה בהגשת הודעת חדילה על כל המשתמע. כך בענייננו שלנו – דומה כי פניה מקדימה היתה חוסכת את הצורך בהגשת התובענה ובקשת האישור, וקשה לשער כל עיקר, כי העלויות הכרוכות בהתנהלות הצדדים היו דומות לאלה שנשאו בהן עד כה בשלב זה של ההליך. אשר לסברת המלומדים חבקין ובן-נון, כי חובת תום הלב המוטלת במסגרת חוק תובענות ייצוגיות על התובע הייצוגי ובא כוחו, אינה חלה כלפי הנתבע, דעתי שונה, בכל הכבוד, נוכח מאפייניו החברתיים והציבוריים של מכשיר זה, ובפרט כוחו הרב, ויכולתו להביא לאכיפת הדין תוך הגשמת זכות הגישה לערכאות. ניתן לדעתי בהחלט לפרש חובה מוגברת זו כחלה גם במישור היחסים שבין התובע הייצוגי ובא כוחו לבין הנתבע הייצוגי.

מג. כן מבוססת עמדתי, בין השאר, על התפיסה שהובעה מעלה באשר לסדרי העדיפות בין מטרותיו הציבוריות של ההליך הייצוגי, לבין האמצעי למימושן – הגשת תובענות ייצוגיות על ידי פרטים ובאי כוחם, כתוצאה ממערכת התמריצים הקבועה בחוק. עם שהתובענה הייצוגית במהותה היא מכשיר להשגת מטרות ציבוריות, הגשת תובענה ייצוגית וייצוג הקבוצה מתוך רצון לעשיית רווחים לא נפסלה כשלעצמו על-ידי המחוקק; יש איפוא להקפיד ככל הניתן ובתנאי החוק והפסיקה, על מתן גמול ראוי לעוסקים במלאכה, הן למען עשיית הצדק במקרה הפרטי, והן – מתוך מבט רחב יותר – כדי לשמור על התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות ראויות. מתח זה מובנה לתוך מוסד התובענה הייצוגית, ומתגלה במלוא עוזו בסוגיה בה עסקינן. אכן, הגם שפניה מוקדמת לרשות מקיימת, ככלל, במובהק את מטרותיו של ההליך הייצוגי, יש בה כדי ליצור אפקט מצנן מסוים, בשל החשש לאי פסיקת גמול ושכר טרחה. ואולם, התפיסה האמורה בדבר סדרי העדיפויות, מובילה למסקנה כי גם אם פניה מוקדמת אינה נטולת בעייתיות לעתים, הריהי – ככלל – צעד נחוץ עובר להגשת תובענות ייצוגיות כנגד הרשות. לצד זאת, המודעות לחשיבות שבמתן תגמול, תבוא לידי ביטוי – כפי שיובהר עתה – בכל

הקשור לאופן בו על בית המשפט לנהוג מקום שנערכה פניה מוקדמת כאמור, בין כאשר התייתרה הגשת התביעה, ובין כאשר הוגשה לבסוף.

מד. בהמשך לכך ובמישור המעשי, דומה כי ניתן לרפא לא מעט מן החששות באופן שבו ייושם כלל הפניה המוקדמת. אכן, נקודת המוצא היא, ככלל, שיש להקדים פניה לרשות בטרם הגשת התובענה, והיעדר פניה עשוי לבוא לידי ביטוי בגדרי ההליך הייצוגי, בעיקר ביחס לפסיקת גמול ושכר טרחה. ואולם, לעתים יגלה בית המשפט כי אין בפניה מוקדמת כדי לייתר את ההליך הייצוגי, ואזי לא ייזקף הדבר – כמובן – לחובת התובע הייצוגי ובא כוחו. על בית המשפט לברר, בין היתר, האם פניה מוקדמת היתה מעלה חשש, בנסיבות, להיענות סלקטיבית כלפי התובע הייצוגי; אילו משאבים נדרשו הימנו לערוך פניה מוקדמת; והאם היה בה כדי להגשים את טובת הקבוצה. בנוסף, על פי רוב היעדר יביא הפניה להפחתה בסכומי גמול ושכר טרחה שייפסקו, ולעתים כאמור, אף לשלילת זכאותם של התובע הייצוגי ובא כוחו לקבלתם של אלה. יתכן גם – בנסיבות שבהן היעדר הפניה המוקדמת יעלה כדי חוסר תום לב מובהק – כי יביא הדבר לידי דחיית הבקשה לאישור; והדברים נאמרים בנפרד מאפשרות החדילה. יישום הכלל באופן זה משקף את ההנחה שלפיה דרישות המשפט המינהלי ייושמו באופן "רך" יותר בתובענות מינהליות מאשר בעתירות וערעורים מינהליים, כך שהיעדר הפניה לא יגרור בהכרח את דחייתה של הבקשה לאישור מניה וביה, אלא יבוא לידי ביטוי במישור הגמול ושכר הטרחה, כשם שטענות סף מינהליות מיושמות במישור הפיצויים בתובענות מינהליות שעילתן בדיני מכרזים, ואינן מביאות, על פי רוב, לדחיית התובענה על הסף. כן אזכיר, כי אותם מאפיינים של הרשות, המונחים בבסיס קיומן של ההגנות הנתונות לה במסגרת החוק, מצדיקים בעת ובעונה אחת להימנע מפגיעה בהמרצתה לנהוג כחוק, ועל כן יש לנהוג זהירות בדחייתן על הסף של בקשות המוגשות כנגדה. מנגד, מקום שלא נקט התובע המייצג פניה מוקדמת, אך התובענה והבקשה לאישורה כייצוגית הביאו בפועל לחדילתה של הרשות, גם אם בית המשפט יפסוק גמול ושכר טרחה המשקף את התועלת האמורה, עלול היעדר הפניה המוקדמת להפחית מן הסכומים שייפסקו.

מה. כאמור, חשש נוסף הטמון בהטלה של חובת פניה מוקדמת, הוא שהנתבע יטפל באורח "סלקטיבי" בתביעתו הפרטנית של התובע הייצוגי, ובאופן זה ישלול ממנו את עילתו האישית, המתנה את היותו תובע מייצג. ואולם, מתוקף תפקידה של הרשות וחובת ההגינות 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, למצער במישור הפורמלי ובכפוף להוראות הדין, וכמובן להבדיל משיקולי שוק כאלה ואחרים. בהקשר זה אציין, כי יש המציעים לתקן את סעיף 4(1) לחוק, המונה את הרשאים להגיש תובענה ייצוגית, באופן שיכלול בו לא רק "אדם שיש לו עילה", (הדגשה הוספה – א"ר) אלא גם אדם שהייתה לו עילה בעבר. הסדר זה מאפשר להימנע מן הסיכון שפניה מוקדמת תביא לסיכול המיזם של התובע המייצג – דבר העלול להוסיף עלויות הכרוכות במציאת תובע חדש – וכן מאפשר לבית המשפט לבסס את החובה לערוך פניה מוקדמת; ראו ד"מ דמביץ "תובענות ייצוגיות, התראה מוקדמת – המצוי והרצוי" עורך הדין 110 (יולי 2012) (להלן דמביץ), בעמ' 114. לשיטת המחבר, הליך התובענה הייצוגית נועד לציבור, והתיקון האמור מוצע ברוח דומה למתן זכות עמידה בהליכים בפני בג"ץ לכל המבקש להגן על עניינו של הציבור. קרי, לפתיחת שערי העמידה. לגישתם של בן-ננו וחבקין, בהינתן המטרות החברתיות שביסוד התובענה הייצוגית, אף מבלי תיקון כאמור, ספק אם מתן פיצוי בדרך זו ישלול את עילת תביעתו האישית של התובע הייצוגי, אם סירב לקבל את הפיצוי – או קיבל אותו בניגוד לרצונו – ועמד על זכותו להגשת הבקשה (ראו גם הלל סומר, "רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו" – האמנם? – עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית" דין ודברים א 347 (תשס"ה), בעמ' 390-392)).

מו. עתה עלינו להתייחס להתנהלות המצופה מן הרשות לאחר הפניה המוקדמת, ולאופן שבו על בית המשפט להתחשב בפניה זו בעת פסיקת גמול ושכר טרחה. כאמור, הצורך בפניה מוקדמת לרשות עובר להגשת התובענה הייצוגית נגזר, בין היתר, מחובת מיצוי ההליכים למולה. אך כמה זמן על התובע המייצג להמתין

לתגובת הרשות לפנייה? כזכור, כל עוד אין מוגשות תובענה ובקשה לאישור, מתגבר החשש כי אחרים יקדימו ויגישו תובענה, ולחלופין, כי חלקים מן התביעה יתיישנו; ובנוסף לכך, ככל שתחדל הרשות, לא יקבלו חברי הקבוצה פיצוי על הזמן שחלף מאז הפניה המוקדמת ועד מועד הודעת החדילה, שניתן להגישה בתום 90 ימים (ואף מעבר למועד זה באישורו של בית המשפט). בנקודה זו אציין, כי יש המציעים מנגנון שונה לתביעות השבה כנגד הרשות – "הגנה ייצוגית", המאפשרת לנתבעים לנהל את הגנתם באופן קבוצתי – שיש בו לטענתם לתמרץ איתור מוקדם של פגמים בגביה והבאתם הזריזה בפני הערכאות (ראו "הגנה ייצוגית"), ואין כאן המקום להרחיב בעניין זה. מכל מקום, במשפט המינהלי מקובל, כי על הרשות להיענות לפנייתו של אזרח בזמן סביר, בהתאם לנסיבות. נדמה, כי בשל החששות שצוינו, על הרשות להיעתר לפנייה המוקדמת במהירות המרבית, ובתור נקודת מוצא פרשנית, כאשר עסקינן בפניה עובר להגשת תובענה ייצוגית, יש לנהוג עם הרשות במשנה הקפדה לעומת במצב דברים רגיל:

"יש מקרים שבהם רשות מינהלית חייבת להשיב באופן בהול לפניית האזרח. הדבר תלוי בנסיבות המקרה, במורכבות הטיפול, בנזק שעלול להיגרם עם חלוף הזמן, וכיוצא באלה שיקולים. המבחן בכל מקרה הוא הסבירות: רשות מינהלית חייבת לדון ולהשיב במהירות הראויה" (דברי השופט י' זמיר, בבג"ץ 2624/97 רונאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 71, 82 (1997); הדגשות הוספו – א"ר)

ניתן אף לומר, כי טיפול מהיר ויעיל בפניה מוקדמת כאמור – בין אם במתן מידע שנתבקש, בין אם בהודאה בגביה הנטענת ובין אם בהכחשתה – נופל בגדרי חובת ההגינות המוטלת על הרשות. כך, ככל שתשתהה הרשות בהיענות לפנייה, ויאלץ התובע המייצג להגיש תובענה שרק בעקבותיה תחדל הרשות, יתכן שהדבר ייראה כחוסר הגינות וחוסר תום לב מצד הרשות, ויובא בחשבון בעת פסיקת גמול ושכר טרחה. מכל מקום מובן הוא, כי הדבר תלוי נסיבות – וסביר להניח כי היקף הבירור הנדרש לשם היענות לפנייה מוקדמת משתנה ממקרה למקרה; אך נקודת המוצא היא, כאמור, שעל הרשות לנסות ולהיעתר לפנייה מהר ככל הניתן. חשש

נוסף שהזכרנו, כי ככל שתחדל הרשות מן הגביה בעקבות הפניה, תתייתר הגשת התובענה ולא יתוגמלו התובע הייצוגי ובאו כוחו. גישת היועץ המשפטי היא, כי במצב מסוג זה אין פגם בכך שלא ייפסקו סכומי גמול ושכר טרחה לתובע הייצוגי ובא כוחו, שכן ממילא הושגה מטרת התובענה הייצוגית כנגד הרשות בשל חדילתה מן הגביה הבלתי-חוקית. לדידי אין להלום גישה כזו באופן גורף, שכן לעתים גם פניה מוקדמת כרוכה בעלות, והיעדר מוחלט של פסיקת גמול ושכר טרחה עשוי להביא לפגיעה במערכת התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות נגד הרשות, ולתת "הנחה" גדולה מדי לרשות. לטעמי, אם בעקבות פניה מוקדמת חדלה הרשות מן הגביה, יוכלו התובע המייצג ובא כוחו להגיש בקשה לבית המשפט לעניינים מינהליים, אשר יבחן האם בנסיבות הענין ראוי לפסוק גמול ושכר טרחה בעבור ההשקעה הכרוכה בכך ומשום שפנייתם המוקדמת הביאה לחדילת הרשות. כפי שציינו חבקין ובן-ננון במאמרם, במצב זה עדיין יידרש בית המשפט לקיים הליך – אך ברי כי כלל הפניה המוקדמת יביא בכל אופן לחיסכון רב יותר בזמן שיפוטי. ועוד, במצב בו הקדים התובע המייצג פניה לרשות, ובהמשך הוגשה התובענה הייצוגית ונתקבלה לגופה, על בתי המשפט לזקוף זאת לטובתו של התובע המייצג, ובאופן זה לתמרץ נקיטת פניה מוקדמת.

מז. אחר הדברים האלה אוסיף כי עם שעמדתי היא כאמור, כי ככלל נחוצה פניה מוקדמת לרשות, אין לכחד, כי מערכת התמריצים המגולמת בחוק מקשה על כך במידה מסוימת; נוכח "דיני המהירות" וחשש התחרות ייטו התובע המייצג ועורך דינו להגיש את בקשתם מהר ככל הניתן, אף אם המידע הנחוץ לביסוס טענתם לא הושלם. בשל כך, ונוכח החשש כי הרשות הנתבעת תבקש "להמית" את התובענה באיבה, סביר להניח כי לעתים קרובות לא יפנו התובע המייצג ובא כוחו בטרם הגשת תביעה. מצב זה מסכל את האפשרות ללבן את המצב המשפטי והעובדתי כראוי, ומוביל להגשתן של תובענות לא ראויות. ומאידך, נוכח פערי המידע, שחקנים רציונליים – אף אם מאמינים הם בצדקת בקשתם – יעדיפו שלא להגישה את התובענה בשל החשש להטלת הוצאות ככל שתידחה, ועם זאת לא יפנו פניה מקדימה כדי לרפא את חששם (ראו דמביץ, בעמ' 110). נוכח מצב דברים זה, הנה רעיונות אחרים לפתרונות חקיקתיים, שיתכן שיש בהם כדי לתמרץ תובעים ייצוגיים להקדים פניה בטרם הגשת תובענה, וכוחם יפה הן במישור הפרטי הן

כלפי הרשות הציבורית. אשר לחשש מפני הסדר פשרה שיושג ללא פיקוחו של בית המשפט, ניתן לקבוע בחוק הסדר של בטלות הסדר שלא יראה לבית המשפט, בין היתר בזיקה לסעיף 30 לחוק החוזים, תשל"ג-1973, המאפשר ביטולו של הסכם מטעמים שיסודם בשמירה על תקנת הציבור; ביחס לתמריץ השלילי שנוצר על ידי "דיני המהירות" – ניתן לשקול הוראה, שלפיה לעניין בחירת תובע ייצוגי, יישמע מי שפנה מעיקרא אל הנתבע בטרם הגשת התובענה ופעל מולו ביעילות כדי לברר את עילתו ולהגן עליה, אף אם אחרים יקדימו אותו בהגשת הבקשה לאישור (הצעה זו מועלית גם על ידי המחברים חבקיין ובן נון במאמרם הנזכר). הסדר מסוג זה עשוי לתמרץ תובעים פוטנציאליים להקדים פניה, ולבסס בדין את הגישה שלפיה נקיטה בפניה כזו מקדמת, ככלל, את טובתה של הקבוצה ואת האינטרס הציבורי. בנוסף לאלה אציין בכל הכבוד, כי לדידי יש טעם בדברי המחברים הללו, כי חדילת הרשות מגביה בלתי-חוקית מחוץ לבית המשפט, דהיינו בעקבות פניה מוקדמת, נעדרת תהודה ציבורית תקשורתית; והואיל ועסקינן בפעולות הרשות המשפיעות על הציבור הרחב – ולא רק על עניינו הפרטי של מאן דהוא – יתכן כי מן הראוי שהרשות, במקרה שבו היא מודה בגביה בלתי-חוקית, וכחלק מן המענה לפניה המוקדמת, תפרסם הודעה מתאימה בתקשורת בדבר חדילתה, באופן הדומה לנעשה בהסכמי פשרה רבים המתקבלים במסגרת תובענות ייצוגיות. ניתן לחוקק בעניין זה, אך לטעמי גם בית המשפט יכול לחייבה לעשות כן במקרה מתאים. בשולי הצעות אלה אזכיר את דברי היועץ המשפטי, כי לא פחת מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בשנת 2013, אף שבתי המשפט המחוזיים מרבים כיום להביא בחשבון לחובתם של התובע המייצג ובא כוחו, את היעדרה של פניה מוקדמת, בעת פסיקת סכומי גמול ושכר טרחה.

פסיקת גמול ושכר טרחה לאחר חדילת הרשות

מח. שאלה כללית נוספת שהתעוררה בנסיבות תיק זה, היא כיצד יש לפסוק גמול ושכר טרחה לאחר הודעת חדילה. נזכיר, כי החוק מאפשר לבית המשפט, במסגרת סעיף 9(ג)(1) ו-2), לפסוק גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ובא כוחו אף לאחר מתן הודעת חדילה ואכן, מתוך הכרה כי הגשת הבקשה הביאה לחדילת הרשות והפסקת הגביה הבלתי-חוקית, יש מקום לכאורה, במקרים הראויים, לתגמל

את התובע ובאי כוחו על הכנת התובענה והבקשה לאישור, ולשמר את התמריץ הקיים להגשת תובענות ייצוגיות כנגד הרשות. כך לשון הסעיף:

"9. בקשה לאישור בתביעת השבה נגד רשות – הוראות מיוחדות

(א) ...

(ב) בית המשפט לא יאשר תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, אם הרשות הודיעה כי תחדל מהגביה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור והוכח לבית המשפט כי היא חדלה מהגביה כאמור לכל המאוחר במועד הקובע.

(ג) החליט בית המשפט כאמור בסעיף קטן (ב) רשאי הוא –

(1) על אף הוראות סעיף 22, לפסוק גמול למבקש בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף 22 (ב);

(2) לקבוע שכר טרחה לבא כוח המייצג בהתאם להוראות סעיף 23."

מט. באמצעות הסדר זה ביקש המחוקק לאזן בין ההגנה על הרשות באמצעות מנגנון החדילה, לבין הרצון לתגמל כראוי את העמלים במלאכה. ואולם, מצב דברים זה מעורר קושי מסוים – במה יתחשב בית המשפט בבואו לקבוע סכומי גמול ושכר טרחה, מקום שנדחתה הבקשה לאישור בשל החדילה, ולא נפסק כל סכום לתובעים בגין הנזקים? בנסיבות אלה הסעד שהושג בפועל הוא חדילת הרשות מן הגביה ואכיפת הדין במבט צופה פני עתיד. כאמור, בענייננו – ובהתבסס על עניין אבוטבול – חישב בית המשפט קמא את סכומי הגמול ושכר הטרחה בשיטת האחוזים, על יסוד התועלת העתידית המשוערת, דהיינו כנגזרת של הנזקים העתידיים שאותם מנעה הגשת התובענה, וזאת קדימה ל-24 חודשים, באופן המשקף את ההגבלה הקיימת ביחס להטלת תשלומי השבה על הרשות במסגרת סעיף 21 לחוק.

ג. גם בסוגיה זו, בהיעדר הכוונה מפורשת בחוק תובענות ייצוגיות, יש לחתור לתוצאה שיש בה כדי להגשים את תכליתו, תוך הקפדה על מתן גמול הולם במקום הראוי לתובעים ייצוגיים ובאי כוחם, ושמירה על מערכת התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות. יוזכר בהקשר הרחב, כי בית משפט זה אף "קרא לנהוג במתינות

בבוא בית המשפט לחייב בהוצאות מבקשים שבקשתם נדחתה" (דנ"א 944/15 פלאפון תקשורת נ' א. אר. אם טכנולוגיות בע"מ, פסקה 12 להחלטת הנשיאה נאור (2015); ע"א 5378/11 פדנק נ' אלפטי, פסקה 7 (2014)) – זאת, נוכח חשיבותה של התובענה הייצוגית; אך ראוי יש "להישמר מפני ניצולו לרעה של ההליך להגשת תביעות חסרות בסיס עובדתי או משפטי כנגד נתבעים בעלי 'כיס עמוק' המוגשות בחוסר תום לב" (עניין פלאפון, שם). גישה רעיונית זו מצביעה על חיפוש אחר איזון, המעוגן בתכלית החוק. נציין כי בעניין רייכרט הנזכר, אומצה שיטת האחוזים כשיטה שבאמצעותה יש לפסוק שכר טרחה, תוך העדפתה על פני "שיטת השעות", שלפיה שכר הטרחה מחושב לפי כמות השעות שהושקעה על ידי עורך הדין המייצג בטיפול בתיק, במכפלת סכום שכר הטרחה לשעה הנגבה על ידיו. אשר לנימוק שביסוד קביעה זו נציין בתמצית, כי בית המשפט ראה את שיטת האחוזים כמקיימת קשר ישיר בין הגמול לחברי הקבוצה לבין שכרו של עורך הדין – באופן המתמרץ את האחרון לפעול להשאת טובתה במקביל להגדלת שכרו שלו – וכמגדילה את התמריץ להגשת תובענות ייצוגיות יעילות. עוד נקבע שם, כי ניתן ליישם את שיטת האחוזים רק כאשר הסעד הוא כספי, תוך הותרת השאלה בדבר אופן פסיקתם של גמול ושכר טרחה במקרים בהם ניתן צו מניעה או סעד אחר שאינו כספי, בצריך עיון. יצוין, כי פסק הדין לא התייחס מפורשות לאופן פסיקתם של גמול ושכר טרחה לאחר חדילת הרשות.

נא. נקודת המוצא היא אם כן, כי השיטה המקובלת בישראל לחישוב שכר טרחה וגמול בתובענות ייצוגיות היא שיטת האחוזים, החלה כאשר נפסק סעד כספי לטובת חברי הקבוצה המיוצגת. אמנם, אין משמעות הדבר כי בית המשפט חייב לפסוק בשיטה זו, אלא כי אם יבקש לנקוט בשיטת חישוב מסוימת, מעבר לשיקולים הכלליים המנויים בסעיפים 22-23 לחוק, שעניינם גמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבא-כוחו, יש לעשות זאת בדרך של שיטת האחוזים. אשר לפסיקת סכומים אלה לאחר חדילה: בית משפט זה התייחס לנושא פעמים אחדות, תחילה בענין אכדיה הנזכר, שם נאמר כי יש לתת את הדעת לשיקולים אחדים. נמנה אותם: ראשית, כי בעקבות הגשת התובענה הייצוגית החליטה הרשות לשנות את מדיניותה וחדלה מן הפעילות שבעטיה הוגשה התובענה, דבר המהווה תרומה להגשמת האינטרס הציבורי באופן העשוי להצדיק מתן גמול ושכר טרחה; יש בכך

כדי לעודד תובעים ייצוגיים להעמיד לביקורת כשלים נוספים בהתנהלות הרשויות – אך בלא שתיפגע הקופה הציבורית בניהול הליכים ובפסיקת סכומים גבוהים כנגד הרשות; שנית, כי על בית המשפט להתחשב במכלול השיקולים המנויים כאמור בסעיפים 22-23 לחוק, והשאובים מן התכליות שביסוד החוק ובפרט ביחס לתובענות כנגד הרשות, ובשים לב לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה לגופו. נציין, כי יישומן של אמות מידה אלה בענין אכדיה הביא להפחתה בסכומים שנפסקו על ידי בית המשפט המחוזי. אמנם, פסק הדין אינו מתייחס ליישום שיטת האחוזים; יתכן כי ניתן להסיק מכך כי אין ליישם שיטה זו לאחר חדילה, אלא לפסוק בהתבסס על השיקולים הכלליים המנויים בחוק, בנוסף לשיקולים הייחודיים הנוגעים לחדילת הרשות והתרומה הציבורית הגלומה בה; ואולם, פסק הדין ניתן כשנה וחצי לפני הלכת רייכרט, הגם שסביר כי בית המשפט היה ער בעניין אכדיה לקיומה של שיטה זו, שכן הלכת רייכרט תוצאתה אימוץ שיטת האחוזים, שכבר מצאה את ביטויה במסגרת פסיקתם של בתי המשפט המחוזיים קודם לכן. כך או אחרת, נדמה כי לא ניתן לגזור אמירה פוזיטיבית הלכתית מתוך פסק הדין בענין אכדיה באשר לשימוש בשיטת האחוזים בפסיקת גמול ושכר טרחה לאחר חדילה.

נב. בנוסף לכך, בית משפט זה התייחס, בדונו בשני ערעורים על פסקי דין שבהם נקט בית המשפט המחוזי בשיטת האחוזים לאחר חדילת הרשות, ליישום שיטת האחוזים לאחר החדילה. במקרה הראשון – עניין אבוטבול הנזכר – נדחה ערעור שהוגש על פי סכומי גמול ושכר טרחה שנפסקו לאחר חדילת הרשות, ובית המשפט המחוזי יישם את שיטת האחוזים בהתבסס על תועלת עתידית משוערת. בפסק הדין שבערעור לא התייחס בית משפט זה לעצם השימוש בשיטת האחוזים, אלא רק לאופן השימוש בו – דהיינו, המחלוקת נסבה על השאלה היש לפסוק סכומים אלה כאחוז מתוך הסכום שהיה נפסק בה אילולא התקבלה התובענה, או כאחוז מתוך התועלת העתידית המשוערת. המדינה סברה, כי יש לפסוק אחוזי גמול שכר טרחה על בסיס הסעד שהיה נפסק לקבוצה בעבור תקופת ההשבה המרבית (עד שנתיים), ולא על בסיס תועלת עתידית משוערת. ואולם, בית המשפט קבע, כי יש לגזור את הסכום דווקא מן התועלת העתידית שהושגה בעקבות הגשת התובענה וחדילת הרשות שבעקבותיה, ותוך כך אישר סכומים שנפסקו בהתבסס על מכפלת

סכום הגביה הבלתי-חוקית (בחודש ממוצע) על פני תקופה של 24 חודשים; זאת, בשל גישתו, כי פסיקה על בסיס הסעד שהיה ניתן אילולא התקבלה התובענה, תתמרץ תובעים עתידיים להמתין בהגשת תביעתם עד אשר יהיו הסכומים שנגבו גבוהים דיים להצדיק הגשת תביעה, באופן המנוגד למטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות, אשר בראשן אכיפת החוק:

"לטעמי, בחינת סבירותם של הגמול לתובע המייצג ושכר טרחתם של באי-כוחו, תיעשה על-סמך סך התועלות אשר צמחו לקבוצה עקב הגשת התובענה והבקשה לאשרה כייצוגית, ולא, כגישת המערערת, כנגזרת של תקופת ההשבה המקסימאלית בה הייתה חשופה הרשות להשבה, קרי, פרק הזמן שבין תחילת הגביה ועד למועד הודעת החדילה. שכן, קבלת עמדת המערערת, עלולה לתמרץ תובעים עתידיים שלא להגיש תובענות ייצוגיות נגד הרשות מיד עם תחילת הגביה, כבנדון דידן; אלא להמתין, עד שהסכומים אשר נגבו מן הקבוצה, ומהם נגזרים, לגישת המערערת, שיעור הגמול ושכר הטרחה, יהיו גבוהים דיים, ומשכך יהיו "כדאיים" לתובע המייצג ולבאי-כוחו. עם גישה זו אין בידי להסכים, והיא חוטאת להגיון המונח בבסיס מוסד התובענה הייצוגית בכלל, וכאשר מדובר בתובענות ייצוגיות המופנות נגד המדינה או רשויותיה, בפרט (ראו והשוו, עניין בנק יחב)" (פסקה 33 לפסק דינו של השופט א' שהם; הדגשות במקור – א"ר).

במקרה נוסף, עע"מ 9237/12 עיריית מודיעין מכבים רעות נ' א.ש. ברקאי בע"מ (2014) (להלן עניין עיריית מודיעין), נעשה שימוש בשיטת האחוזים בפסיקת גמול ושכר טרחה לאחר מתן הודעת חדילה, ואולם זאת בהתבסס על הסכום שהיה נפסק לקבוצה בה אילולא התקבלה התביעה: "לצורך המקרה שלפנינו, ונזכיר כי מדובר בתביעת השבה נגד רשות, הרי ניתן ליישם את שיטת האחוזים מתוך הנחה כי הסכום שהיה נפסק לקבוצה בתום ההליך היה עומד על סכום הגביה שבמחלוקת" (דברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס, בפסקה 5). נדמה, כי גם בפסק דין זה ראה בית משפט זה כמובן מאליו את עצם האפשרות לעשות שימוש בשיטת האחוזים לאחר חדילה, בהתבססו על התועלת לעבר; בית המשפט לא התייחס לאפשרות פסיקת אחוזים על בסיס התועלת העתידית המשוערת. אזכיר כאן את

גישת היועץ המשפטי, שלפיה הרציונל לאימוץ שיטת האחוזים – המרצת התובע המייצג להגדלת הסעד הכספי מתוך רצון להשאת טובתו שלו – אינו מתקיים כאשר מוגשת הודעת חדילה, שכן כאמור, לא נפסק כל סעד כספי, ומבחינה מהותית דומה הודעת חדילה לצו מניעה עתידי. לגישת היועץ המשפטי, כאשר מחליט בית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה לאחר שהוגשה הודעת חדילה, עליו לעשות כן אך ורק על פי השיקולים הכלליים המנחים את בית המשפט בסעיפים 22-23 ובהתאם לנסיבות המקרה; אשר לשיטת החישוב, סבור היועץ המשפטי, כי פסיקת סכומים אלה על בסיס תועלת עתידית משוערת אינה נכונה, הן משום שעל פי הלכת דייכרט ניתן לעשות כן רק ביחס לסעד כספי שניתן, ולא היא בחדילה; הן משום שקשה בפועל להעריך תועלת זו; והן משום שיתכנו מקרים שבהם ייפסק סכום גבוה יותר משהיה נפסק אילו נדונה התביעה לגופה והוכרעה לטובת הקבוצה. לגישת היועץ המשפטי, גם יישום שיטת האחוזים על בסיס התקופה שקדמה שעובר לחדילה הוא בעייתי, משום שבקשת האישור לא נדונה לגופה, ועלולות להתעורר מחלוקות בשאלה האם היתה הבקשה מתקבלת ובאיזה היקף – דהיינו, עצם חדילתה של הרשות אינה מהווה הסכמה מלאה לתוכנה של בקשת האישור בקשר לפרטים המצוינים בה (אורך תקופת הגביה, סכומי הגביה וכיוצא באלה).

נג. בעיני ניתן – בנסיבות המתאימות, כפי שיוסבר – ליישם את שיטת האחוזים, הן על בסיס התועלת העתידית המשוערת, באופן המוגבל ל-24 חודשים קדימה, והן כנגזרת מן הסעד שהיה נפסק לטובת הקבוצה אילולא התקבלה התביעה, ובאופן המוגבל ל-24 חודשים אחורנית. כמה הערות מקדימות: ראשית, מסקנה זו עולה בקנה אחד עם גישתו הכללית של בית משפט זה, שלפיה מסור שיקול דעת רחב לערכאה הדיונית בעת פסיקת שכר טרחה והוצאות משפט; וכידוע, אין דרכה של ערכאות ערעור להתערב בשיעורי שכר הטרחה שנפסקו בערכאה הדיונית, אלא כאשר נפלו טעות משפטית יסודית או פגם אחר – כך בהליך משפטי "קלאסי" (ע"א 378/78 מרדכי קלינגר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד לג(1) 509, 510 (1979); ע"א 733/87 חייט נ' ארגון מושבי הפועל המזרחי בע"מ, פ"ד מג(4) 768 (1989), וכך גם בהליכים ייצוגיים (ראו לדוגמה ע"א 4714/13 דיאב נ' חברת איי דיגיטל סטוד בע"מ, בפסקה 7 (29.9.2013); ע"א 3640/13 ארגס נ' יונילווד ישראל מזון בע"מ, בפסקה 3 (7.1.2014). בהליך

התובענה הייצוגית רשאי בית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה לפי שיקול דעתו, והקביעה המדויקת בסכומים אלה נתונה לו (ענין אבוטבול, בפסקה 27). רשימת השיקולים שבחוק (סעיפים 22-23) אף אינה סגורה, וכאמור, אין בית המשפט חייב לפסוק על פי שיטה מסוימת כגון שיטת האחוזים, ומשמעותה של הלכת רייכרט היא שיש לבכר את שיטת האחוזים ככל שמבקש בית המשפט לנקוט בשיטת חישוב זו או אחרת, מעבר לשיקולים שבסעיפים 22-23. שנית, מערכת הנסיבות שבהן נדחתה בקשה לאישור תובענה בשל חדילה, היא אכן ייחודית: מחד גיסא, התובענה הייצוגית לא הוכרעה לטובת חברי הקבוצה – למעשה, היא לא נדונה כל עיקר – ומאידך גיסא, הרשות חדלה מן הגביה הלא-חוקית, אף אם אין בכך בהכרח הודאה בהיקף הנזק שנטען על ידי התובע הייצוגי ובא כוחו. כמות שנאמר בענין אבוטבול: "תובענה ייצוגית, אשר הוגשה נגד המדינה ונדחתה מכוח הוראת סעיף 9(ב) לחוק, כבמקרה דנא, מהוה סוג מיוחד של תובענות ייצוגיות, אשר אופיין שונה, ולפיכך גם מערכת הכללים החלה לגביהן, אינה זהה למערכת הכללים החלה לגבי תובענות ייצוגיות אחרות" (פסקה 32); ובענין אכדיה נאמר, "מצב של דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית מפאת הפסקת הגביה על ידי הרשות הוא בעל ייחוד מבחינת מורכבות השיקולים שיש להתחשב בהם ביחס לפסיקת גמול ושכר טרחה" (דברי השופטת א' פרוקצ'יה, בפסקה 25). ההכרעה בשאלה זו מחייבת אפוא להביא בחשבון את אופיה של תובענה זו, שהיא מעין יצור כלאיים בכל הנוגע לפסיקת גמול ושכר טרחה.

נד. לטעמי, נקודת המוצא היא שכאשר הוגשה הודעת חדילה על ידי הרשות, ככלל יש לפסוק גמול ושכר טרחה לתובע הייצוגי ובא כוחו, אם הוכח קשר סיבתי בין הגשת התובענה לבין הודעת החדילה והפסקת הגביה. במקרה כזה היתה בתובענה תועלת לחברי הקבוצה ולציבור כולו (ענין אכדיה; ענין עיריית מודיעין, בפסקה 5; ע"מ 165/11 עיריית רעננה נ' עו"ד לילך אקרמן); בנוסף, ובמבט רחב, יש בכך כדי לשמר את מערכת התמריצים להגשתן של תובענות ייצוגיות ראויות כנגד הרשות. אמנם בענין רייכרט נאמר לענין שיטת האחוזים (פסקה 7): "ברי, כי בתובענות בהן הסעד המבוקש הוא צו מניעה או סעד אחר שאינו כספי, לא ניתן לעשות שימוש בשיטה זו לצורך פסיקת שכר טרחה". מפשוטם של דברים היינו למדים לכאורה, כי אין ליישם את שיטת האחוזים לאחר חדילת הרשות, שכן

הסעד היחיד שניתן להצביע על קיומו הוא עצם החדילה, המהווה מעין "צו מניעה" (אף כי במובן המשפטי, לא ניתן סעד על ידי בית המשפט), והוא בודאי אינו סעד כספי. ואולם, דומה כי המיקוד בדברים המצוטטים הוא בסעד המבוקש בתובענה, ולא בהכרח בסעד שניתן בפועל. ודוק, בתביעות השבה כנגד הרשות, המוגשות על פי פרט 11 לתוספת השניה, הסעד המבוקש הוא כספי בהגדרתו, אף אם לאחר חדילה לא ניתן סעד מסוג זה. דומה, כי במצבים אלה, עשוי בית המשפט להיזקק לנקודה ארכימדית שעל בסיסה יוכל לחשב את סכומי הגמול ושכר הטרחה, וזאת מעבר לעקרונות הכלליים המותוים בסעיפים 22-23. נקודה זו קיימת בדמות הסעד שהיה נפסק לולא התקבלה התובענה, ולחלופין, בנזק העתידי שמנעה הגשת התובענה. אכן, בהודעת חדילה אין התביעה מתבררת לגופה, ויתכן כי הנתבעת חולקת על היקף הפגיעה הנטען – הן ביחס לאורך תקופת הגביה והן ביחס לגובה הסכומים שנגבו שלא כדין; אך תוצאת החדילה בפועל היא הפסקת הגביה בעקבות הגשת התובענה הייצוגית, פעולה המהווה הודאה – אם גם לא מפורשת – באי-חוקיות הגביה. יתר על כן, ניתן להתמודד מעשית עם פערים בין הצדדים באשר לגובה הסכום שבמחלוקת, בכל מקרה לפי נסיבותיו. כך יכול בית המשפט לאזן או "למצע" ביניהם, כפי שאכן נעשה בענין עיריית מודיעין הנזכר – ונדגיש בשנית, כי ביישום שיטת האחוזים באופן זה, סכום ההשבה מוגבל לתקופה של שנתיים, כמקובל במקרים בהם מתקבלת התובענה הייצוגית לגופה; ואולי מקל וחומר, במקרים בהם הפערים בין הצדדים באשר לערכה הכספי של הגביה הבלתי חוקית יהיו משמעותיים באופן המקשה על מיצוע כאמור, יפעל בית המשפט בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו, ועל פי שיקול דעתו, תוך הבאה בחשבון של העקרונות שבסעיפים 22 ו-23, הנתונים שהובאו לפניו והשכל הישר.

נה. היועץ המשפטי סבר כאמור, כי הטעם העיקרי לשימוש בשיטת האחוזים – המרצת התובע הייצוגי לדאוג לטובת הקבוצה – אינו מתקיים במקרה של חדילה, וכי נקיטה בשיטה זו לא תתמרץ את התובע לפעול לטובת הקבוצה. סבורני כי ניתן להעלות גם מחשבה אחרת – בלא שאטע מסמרות, ובזהירות הראויה – והיא כי פסיקה על בסיס שיטת האחוזים לאחר חדילה היא שתשמש כתמריץ לתובע להגדיל את טובת הקבוצה, שכן מקום שמיישם בית המשפט את שיטת האחוזים גם לאחר חדילה, ככל שטובת הקבוצה גדלה, כך גם שכר הטרחה הנגזר ממנה (אף שיצוין,

כי ככל שהסעד שנפסק לחברי הקבוצה גדול יותר, כך קטן האחוז שנפסק לטובת עורך הדין, וראו ענין דייכרט בפסקה 9). אם לא יוכל בית המשפט ליישם כל עיקר את שיטת האחוזים לאחר חדילת הרשות, עלול דווקא בכך להיפגע תמריץ התובע הייצוגי להגדיל את טובת הקבוצה, בידעו כי אם תחדל הרשות ממעשיה, בלא נקודה ארכימדית כאמור, עשוי בית המשפט להותירו ללא כל גמול. מודע אני לכך שבהלכת דייכרט נקבע, כי ששכר טרחת עורך הדין ייגזר מהסכום שנגבה בפועל ולא מהסכום שנפסק (ראו פסקה 8), אך בענייננו שלנו, לא נפסק כל סכום, ועל כן גם לא הגיע לידיהם של חברי הקבוצה. אמנם, בעניין אבוטבול הצביע בית המשפט על החשש, שלפיו יישום שיטת האחוזים על בסיס הסעד הכספי שהיה נפסק אילולא התקבלה התביעה, יש בו כדי ליצור תמריץ שלילי, שבעקבותיו עלולים תובעים ייצוגיים ובאי כוחם להמתין לתפיחת הנזק לפני הגשת התביעה, אף לאחר שגילו את דבר הגביה הבלתי-חוקית. מודע אני לחשש זה, ואולם דומני כי ד הוא פחות משמעותי משנדמה במבט ראשון, וזאת משתי סיבות: ראשית, כיון שמערכת התמריצים הקיימת, כפי שהוטעם בהרחבה, עדיין מעודדת הגשת תובענות במהירות ככל הניתן, ועל כן מסופקני אם תובעים ייצוגיים ובאי כוחם ימתינו זמן רב להגשת התובענה, שכן יחששו פן יקדימום אחרים ויגישו תובענה לפנייהם. שנית, ככל שיגלה בית המשפט כי התובעים ידעו על אי-החוקיות והמתינו בטרם להגשת התובענה כדי שסכום הנזק יתפח, יהיה הדבר שיקול לאי-פסיקת גמול ושכר טרחה, ואף עלול הוא לעלות כדי חוסר תום לב באופן המצדיק את דחית הבקשה.

נו. אשר ליישום שיטת האחוזים בהתבסס על התועלת העתידית המשוערת – אכן, פסיקה באופן זה מאופיינת במהותה באי-ודאות מסוימת, שכן תועלת זו קשה מטבעה להערכה. כך למשל בענייננו, יתכן שהמערערת היתה מגלה בעצמה את דבר קיומה של הטעות בחישוב הריבית חודשים אחדים לאחר הגשת התובענה, או שהיתה משנה את שיעור הגביה. ואולם, נדמה שבית המשפט רשאי, בהתאם לנסיבות, להניח כי אילולא הגשתה של התובענה הייצוגית, היתה הרשות מתנהלת באותו אופן למשך תקופה עתידית כוללת של 24 חודשים – וזאת כפי שנקט בית המשפט המחוזי בעניין אבוטבול. אכן, לעתים מאפשר מסד הנתונים ביתר קלות להעריך את התנהגותה העתידית של הרשות, ולעתים כרוך הדבר בקשיים. לטעמי,

במסגרת שיקול הדעת הרחב הנתון לבית המשפט בעת פסיקתם של גמול ושכר טרחה, רשאי הוא ליישם את שיטת האחוזים בדרך זו, והכל בהתאם לנסיבות. אמנם יש להתמודד עם החשש, כי בגזירת האחוזים כפונקציה של התועלת העתידית, יוצר מצב שבו ייפסקו סכומי גמול ושכר טרחה העולים על שיעור ההשבה שנתבקשה בבקשה לאישור; כך למשל, מקום בו נתבקשה השבה לתקופה של שנה, הוגשה הודעת חדילה, ולאחר מכן פסק בית המשפט על פי תועלת עתידית לתקופה של שנתיים. לטעמי, ניתן לרפא חשש זה בהקפדתו של בית המשפט, כי לא ייפסק סכום המבוסס על תועלת עתידית משוערת, העולה על סכום הגביה שנתבקשה בהשבה לאחור; וכזכור, התועלת העתידית המשוערת מוגבלת עד 24 חודשים, באופן המקביל להוראת סעיף 21, אך רשאי בית המשפט גם לפסוק על בסיס תקופה קצרה יותר. ועוד - תחת שימוש דווקני בשיטת האחוזים באופן זה, יכול בית המשפט גם להתחשב באופן כללי בתועלת עתידית שהושגה כחלק ממכלול השיקולים ובהתאם לנסיבות כל מקרה (ראו ענין אכדיה). מכל מקום, ובמוטעם, הואיל ועסקינן ברשות ציבורית, ישוה בית המשפט לנגד עיניו, בין יתר השיקולים, את השמירה על הקופה הציבורית, גם בעת יישום שיטת האחוזים לאחר חדילה.

נז. סיכומם של דברים, במקרה בו נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד רשות בעקבות חדילתה, רשאי בית המשפט על פי שיקול דעתו ובהתאם לנסיבות כל מקרה, ליישם את שיטת האחוזים הן על בסיס הסעד שהיה נפסק אילו נתקבלה התביעה, והן על בסיס תועלת עתידית משוערת, אך הכל בשימת לב לשיקולים המנויים בסעיפים 22-23 לחוק, ותוך שמירה על הקופה הציבורית. נדמה, כי גישה זו עולה בקנה אחד עם הפסיקה הקיימת, ענין אבוטבול מזה, וענין עיריית מודיעין מזה, שבכל אחד מהם, בהתאם לנסיבות, אישר בית משפט זה פסק דין שבו יושמה שיטת האחוזים בדרך שונה – פעם על בסיס תועלת לעבר, אילו לא נתקבלה התובענה (עיריית מודיעין) ופעם על בסיס תועלת עתידית משוערת (אבוטבול). ושוב יוטעם: עסקינן בנסיבות ציבוריות, ומבטו הכולל של בית המשפט צריך לכלול תובנה ציבורית זו בכל עת ועידן.

מעמדה של המערערות – האם עוסק או רשות?

נח. בטרם ניישם את האמור עד כה לסכומים שבמחלוקת בין הצדדים, נידרש בקצרה לסוגיה נוספת שהתעוררה, והיא – הניתן היה להגיש בנסיבות ענייננו את התובענה הייצוגית כנגד המערערת לפי פרט 1 לתוספת השלישית בחוק תובענות ייצוגיות, בהיותה "עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, באופן המבוסס על קיומם של יחסי עוסק-לקוח בין הצדדים? כאמור, התובענה הוגשה כנגד המערערת הן על פי פרט 1, בכובעה כעוסק, והן על פי פרט 11, בכובעה כרשות. לגישת המשיב, אף כי המערערת היא רשות שהוקמה על פי דין כהגדרתה בחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, הנה בנסיבות ענייננו, בכל הקשור לגביית תשלומים בגין שירותי מים וביוב, פועלת היא כעסק: היא חברה בע"מ, בעלת אינטרסים עצמאיים שבראשם עשיית רווח, הפועלת בענייננו בכובע "מסחרי-פרטי", ולא בכובע "שלטוני-ציבורי"; ועוד נטען כי, עצם העובדה ששיעורי הריבית ותעריפי המים נקבעים בחוק על ידי רשות המים, אינה גורעת מן האמור. מנגד, לגישת המערערת הריהי רשות ציבורית הממלאת תפקיד ציבורי על פי דין, וניתן היה להגיש את הבקשה כנגדה רק על פי פרט 11 לתוספת. אכן, לעתים נוצר מצב שבו ניתן לכאורה להגיש תובענה ייצוגית אם לפי פרט 11, או לפי פרט 1 – דהיינו, מצב בו במקביל, לפנינו יחסי עוסק-לקוח בין הפרט לבין הרשות בפעלה כעוסק, ותביעה להשבת סכומים שגבתה הרשות שלא כדין כמס, אגרה או תשלום חובה אחר. ברגיל ניתן לשער, כי במצבים מעין אלה יעדיף התובע הייצוגי שתביעתו תאושר כתביעה על פי פרט 1, שכן בתביעה כנגד הרשות על פי פרט 11, נהנית היא מהגנות ייחודיות שפורטו בהרחבה. לעניין זה נפסק לאחרונה, כי על תובעים ייצוגיים להקפיד שלא להגיש בגין אותה עילה תביעה ייצוגית הנסמכת במקביל על שני פרטים אלה, אלא לכל היותר להגיש בקשה לאישור בהסתמך על אחד מן מהפרטים, ולציין כי לחלופין, נסמכת התביעה על פרט אחר (ענין אטל, בפסקה 6 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס). בענייננו הגיש המשיב את תביעתו הן על פי פרט 11, והן על פי פרט 1, ולא בדרך של "לחלופין". מכל מקום, במצב דברים מעין זה, שבו ניתן לכאורה להגיש תובענה ייצוגית הן על פי פרט 1 והן על פי פרט 11, יש לבחון איזה פן גובר באופי פעילותה של הרשות, הוא הדומיננטי – זה העסקי-פרטי, או השלטוני-ציבורי (ראו ענין צ'רטוק וענין לנגברט הנזכרים; דויטש, בעמ' 476-489). תוך כך, ייתכנו גם מצבים דו-מהותיים, בהם חובשת

הרשות את שני כובעיה בפעילות מסוימת, שאז על בית המשפט לקבוע איזה פן גובר (ענין אסל).

נט. במקרה שבפנינו, בו המערערת היא תאגיד סטוטורי, יש עניין בהבחנה בין הפן העסקי לפן השלטוני בפעילותה. תאגידים סטוטוריים מעצם הגדרתם יוצרים טשטוש בין התחום הפרטי לתחום הציבורי: המדובר בגופים מינהליים 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 תפקידם הציבורי; אך יש לראות בהם כמובן גם רשויות מינהליות, שחל עליהן המשפט המינהלי (ברק-אוז – כרך ב', בעמ' 451-450). אין המדובר בגוף פרטי ואף לא בגוף דו-מהותי, אלא בגוף ציבורי (א' הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי (תשס"ח – 2008), בעמ' 41) על המשתמע, גם אם נלווה לו היבט של המשפט הפרטי. 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. בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, נמצא כי כאשר מוגשת תביעה כנגד תאגיד מים בגין גביית סכומים שלא כדין, ענין לנו בתובענה כנגד רשות על פי פרט 11, ולא כנגד עוסק; ראו למשל, בש"א (מחוזי י-ם) 10835/09 חברת הגיחון בע"מ נ' חיים קורפו (2010), שם הוגשה תובענה כנגד היטל מים שנגבה – לפי הטענה – שלא כדין, על בסיס פרט 1 לתוספת. בית המשפט המחוזי קבע, כי תביעה מסוג זה עונה באופן מלא על ההגדרה שבפרט 11. תוך כך הוסיף בית המשפט וציין, כי מדיניות גביית היטלים בגין שירותי מים וביוב היא שלטונית, ולא עסקית באופיה:

"למעלה מן הדרוש אוסיף, כי עיון בחוק תאגידי מים וביוב, אשר מכוחו פועלת המבקשת, מלמד כי המבקשת היא אכן גוף הממלא תפקיד ציבורי: מטרת המבקשת היא לספק לתושבי ירושלים שירותי מים וביוב; המבקשת הוקמה בהתאם לסעיף 1(ב) לחוק כחברה "לשירות ציבורי"; החוק מפרט את חובותיה של המבקשת ואת סמכויותיה (סעיפים 31-34); החוק מוסיף וקובע כי החברה חייבת ברישיון וזאת הן לצורך מתן "פעולה חיונית" של שירותי מים וביוב והן לצורך מתן פעולות אחרות (סעיפים 14 ו-22); המבקשת

נתונה לפיקוח ולביקורת של הרשות הממשלתית למים ולביוב (פרקים ו'-ז' לחוק). רואים אנו, כי המבקשת ממלאת תפקיד ציבורי לעילא ולעילא" (דברי השופט – כתארו אז – י' ענבר, בפסקה 9(א)).

ניתן אף להצביע על מספר אינדיקציות נוספות, המעידות על כך שהמאפיינים הדומיננטיים של פעולת המערערת בנידון - גביית ריבית על תשלומים בגין שירותי מים – הם שלטוניים-ציבוריים, ולא עסקיים-פרטיים: כך, שיעורי המים הנגבים מציבור הצרכנים – וכך גם שיעור הריבית הנגבה בהסדר תשלומים – קבועים בחוק, ואינם הסכמיים; המדובר בהחלטה כופה חד-צדדית. בהמשך לכך, הרציונל בבסיסו של חוק הגנת הצרכן, שעניינו צמצום פערי כוחות בין העוסק ללקוח, אינו מתקיים באותה עוצמה כאשר עסקינן בגביה מצרכנים רבים, על פי שיעורים הקבועים בחוק, בשונה ממקרים שבהם מקיימת הרשות עסקאות נפרדות ומורכבות מול צדדים פרטיים (כדוגמת עסקאות בין רשות מקרקעי ישראל, גוף בעל מומחיות המחזיק בעיקר המידע החיוני, לבין חוכרים בודדים – ראו ענין אסל, בפסקה כ"ז). יתר על כן, מעבר לתיאור כללי בדבר היותה של המערערת חברה בע"מ, לא הצביע המשיב על כל אינדיקציה לקיומם של שיקולים עסקיים גרידא העומדים ביסוד פעולתה מושא התובענה הייצוגית שהוגשה. לצורך השוואה, בעניין אסל קבע בית משפט זה, כי בהחלטת רשות מקרקעי ישראל למתן דמי היתר, משמשים שיקולים עסקיים שנועדו להגדיל את הכנסותיה של הרשות בדרך של הפניית משאבים לצרכיה השונים, דבר המלמד על אופייה של הפעולה ככזו שנועדה להשאת רווח (ראו שם, בפסקה כ"ו).

סכומי שכר הטרחה והגמול שנפסקו בנסיבות ענייננו

ס. כאמור, אין בית המשפט שלערעור נוהג להתערב בסכומי גמול ושכר טרחה שקבעה הערכאה הדיונית. ואולם נדמה, כי יישום האמור מעלה באשר להיעדרה של פניה מוקדמת, יחד עם אמות המידה שהותוו באשר לפסיקת גמול ושכר טרחה לאחר חדילת הרשות, מביא למסקנה כי יש להפחית מן הסכומים שקבע בית המשפט קמא. בתור נקודת מוצא, ראוי לייחס משקל לעובדה, שבעקבות הגשת התובענה והבקשה לאישור, פעלה הרשות לתקן את הטעות בגביה, דבר שיש בו

תועלת הן לחברי הקבוצה המיוצגת, הן לציבור הצרכנים שעלול היה להיפגע, והן לציבור בכללו על-ידי עמידה על משמר התנהלות תקינה מצד הרשות והפסקת פעולה הנוגדת את החוק; יש לזקוף זאת לטובתם של המשיב ובא כוחו. בהמשך לכך, יש להתייחס ל"היקף הטרחה, החיסכון, התועלת והחשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית ולצורך שכר הטרחה גם במורכבות ההליך, והאופן בו הוא נוהל בידי בא כוח המייצג" (ענין אכדיה, בפסקה 26). בענייננו, בכל הכבוד ומבלי לפגוע, אין נראה כי נחוצים היו מאמצים רבים מאוד בבירור הרקע המשפטי והעובדתי לצורך הגשת התובענה – נושא התביעה אינו מורכב, ומתמצה בבדיקת שיעורי הריבית שנגבו למול אלה הקבועים בדין, והמשיב ובא כוחו לא נטלו על עצמם סיכון משמעותי. יתרה מכך, לבא כוחו של המשיב ניסיון בתובענות ייצוגיות כנגד תאגידי מים, שחלקן מבוססות על עילה דומה. בנוסף, מטבע הדברים ההשקעה הכרוכה בניהול תובענה ייצוגית מקום שנדחתה בקשת האישור בעקבות חדילה, אינה דומה לזו המתחייבת בניהול תובענה לגופה, בין שנסתיימה בפשרה, ובין בהכרעה שיפוטית.

סא. אכן הושגה תועלת ציבורית בהגשת התובענה, ואין להקל בה ראש, אך נזכור כי במישור הכלכלי, המדובר בסכומים נמוכים יחסית, גם בחישוב מצטבר; במונחים עקרוניים – וכפי שטענה המערערת – עסקינן בהפרת הוראה חוקית, המסדירה הסדר תשלומים אופציונלי – כזה שהמערערת רשאת, ואינה חייבת, לנקוט בו כלפי צרכנים שלא שילמו מלוא החשבון במועד. במצב זה, אף אם אין עניינם זהה לזה של "סרבני מסים" – התחמקות מתשלום מסים היא "מכת מדינה", - העובדה שעסקינן בהסדר תשלומים אופציונלי, מפחיתה במידת מה את מידת התועלת הציבורית שהושגה בהגשת התובענה, וזאת כמובן מבלי להמעיט בחשיבות ההקפדה על כל דין. בהערת אגב אציין, כי בבג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' רשות המים ואח' (2014), קבע בית משפט זה שתשלום בעבור מים הוא בבחינת "מחיר" ולא "מס" – כפי שטען המשיב – ואולם אין לכך נפקות מעשית בענייננו, הואיל ועל פי פרט 11, ניתן להגיש תובענה כנגד הרשות בגין גביה בלתי חוקית של סכומים שנגבו שלא כדין "כמס, אגרה או תשלום חובה אחר" (הדגשה הוספה – א"ר).

סב. אשר לאופן ניהול ההליך בידי התובע המייצג והמשיב ובא כוחו – לדידי יש לזקוף לחובתם את היעדרה של הפניה המוקדמת לרשות. מן הנסיבות עולה, כי אילו הקדימו המשיב ובא כוחו פניה כאמור, היתה הרשות מתקנת את שיעור הריבית בלא צורך בהליך משפטי; הגביה שלא כדין נבעה מטעות כנה, שמקורה בספק שירותים חיצוני. חזקה על הרשות – ואין בנסיבות ענייננו כדי לסתור זאת – שהיתה פועלת בשויון לתקן את המעוות, לא רק בפתרון נקודתי לתביעתו הפרטית של המשיב. ויתרה מכך, נדמה כי לא היתה נדרשת השקעה מרובה בפניה המוקדמת, מעבר לבירור מידע המעלה חשש לגביה שלא כדין. אכן, התובע הייצוגי נדרש לחוות דעת חשבונאית, ואולם אף אילו הזמין חוות דעת זו בטרם פניה מוקדמת, יכול היה לפנות לבית המשפט בבקשה לפסיקת גמול ושכר טרחה בשל ההשקעה הכרוכה בהכנת הפניה המוקדמת, שנענתה מבלי הצורך בהגשת תובענה ייצוגית. לבסוף, על בית המשפט לנהוג בזהירות בכספי הציבור המשולמים כגמול ושכר טרחה על ידי הרשות הציבורית. נוכח האמור, ובאיזון בין השיקולים השונים – ובעיקר, מידת ההשקעה הדרושה, התועלת הציבורית שהושגה, ומשמעותו של היעדר פניה מוקדמת בנסיבות – סבורני כי יש להפחית בסכומי הגמול ושכר הטרחה שנקבעו, אציע לחבריי כי גמולו של המשיב יועמד על 5,000 ₪ (במקום 10,000), ושכר טרחתו של בא כוחו – על 40,000 ₪ (במקום 80,000).

סוף דבר וטיכומו

סג. הנה סיכומם של דברים: ראשית, ככלל, על התובע הייצוגי ובא כוחו מוטלת חובה כללית לערוך פניה מקדימה לרשות המינהלית בטרם הגשת תובענה ייצוגית כנגדה, והיעדרה של פניה זו עשוי, בהתאם לנסיבות, לבוא לידי ביטוי הן בהחלטתו של בית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה וביחס לשיעורם של סכומים אלה, והן בהחלטתו בבקשה לאישור התובענה הייצוגית. שנית, בעת פסיקתם של גמול ושכר טרחה לאחר מתן הודעת חדילה מאת הרשות, בידי בית המשפט – אך אינו חייב – לפעול באמצעות שיטת האחוזים, הן תוך יישומו בהתבסס על הסעד שהיה נפסק אילולא התקבלה התובענה הייצוגית לגופה, והן על סמך התועלת המשוערת, הכל בהתאם לנסיבות ועל פי שיקול דעתו של בית המשפט, ותוך התחשבות בהוראות סעיפים 22-23 לחוק התובענות הייצוגיות ובכך שהמדובר בכספי ציבור; שלישית

– ובתיק דנא – סכומי הגמול ושכר הטרחה שנקבעו למשיב ובא כוחו גבוהים
בנסיבות ענייננו, ויש להפחיתם באופן שנקבע מעלה בפסקה ס"א.

כללם של דברים

סד. אם תישמע דעתי, נקבל את הערעור לפי האמור בפסקאות ס"א-ס"ב.
בנסיבות הענין אציע שלא לעשות צו להוצאות.

סה. אחר הדברים האלה עיינתי בחוות דעתם של חבריי השופטים מלצר והנדל.
יש בינינו הסכמה באשר לחובת תובע ייצוגי ובאי כוחו המבקשים להגיש תובענה
ייצוגית כנגד רשות מינהלית – להקדים ולפנות אליה. מסכים אני עם חברי השופט
מלצר, באשר לחובת הרשות לעניין לוח זמנים לתשובותיה והשלכות הדבר. מסכים
אני גם עם חברי השופט הנדל, כי רצוי שהמחוקק יקבע מפורשות אפשרות פניה
לבית משפט מינהלי לשם שכר טרחה והוצאות מקום בו הביאה פניה מוקדמת
לתוצאות. באשר לפורום שאליו תהא הפניה עד לחקיקה כזאת, נראה לנו – בדעת
רוב של כותב שורות אלה והשופט מלצר אל מול דעתו החולקת של השופט הנדל –
כי משהמדובר בפניה לרשות בנושא מינהלי, שאילו הוגשה בו תביעה היתה מוגשת
לבית המשפט המינהלי, כך גם תהא הפניה לעניין שכר הטרחה, כאמור בפסקה
מ"ו מעלה, ובחוות דעת חברי השופט מלצר.

המשנה לנשיאה

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף של חברי, המשנה לנשיאה א'
דובינשטיין.

הנני מרשה לעצמי לחדד מספר דברים ולהוסיף:

(א) מקובל עלי כי על תובע ייצוגי ובא-כוחו, אשר בכוונתם להגיש תובענה ייצוגית
כנגד רשות מינהלית – להקדים פניה אליה.

בעשותם כן – יחולו על הפניה האמורה הוראות החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 (להלן: חוק ההנמקות, או החוק), לרבות מועדי התשובה הנדרשים הקצובים שם והנפקויות הקבועות בסעיף 6 לחוק ההנמקות בדבר תוצאות אי-מילוי הוראות החוק לגבי הפניה.

(ב) פניה מוקדמת, כמו זו הנזכרת בס"ק (א) שלעיל – ככל שלא תענה בחיוב בתוך פרק הזמן הקצוב, או תסורב – תוכל להיות מובאת בחשבון כראשונה בפועל בתור, אל מול תובענה ייצוגית דומה, קודמת, שהוגשה לבית המשפט, מבלי שנעשתה עובר לה פניה מוקדמת לרשות – וזאת לענין סעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).

(ג) היה ובעקבות הפניה המוקדמת, כמו זו הנזכרת בס"ק (א) שלעיל – הרשות תתיימר לפתור רק את "בעייתו האישית" של הפונה, או תודיע על חדילה מהגביה הלא חוקית, יידרש מסמך בכתב שיעגן את ההסדר. במסגרת המו"מ שבין הצדדים להסדר טרם תביעה, כאמור, יהיו רשאים התובע הייצוגי שבכח ובא-כוחו לבקש החזר הוצאות שנגרמו להם (כנגד קבלות) וכן שכר מסוים. היה ויתגלעו חילוקי דעות בנושאים אלה, או סירוב לשלם – יוכלו התובע הייצוגי שבכח ובא-כוחו להגיש תובענה על-פי סעיף 5(ב) לחוק התובענות הייצוגיות בגין עמדתה השלילית של הרשות, אשר הסעד המבוקש בה יהיה, מעבר לנכונות לחדילה, פיצוי כדי הסכומים המגיעים להם, לטענתם, בעילה של ניהול מו"מ שלא בתום-לב עמם בהקשר לחדילה טרם תביעה ברי כי הסכומים בהם מדובר יתאמו לשלב מעין זה של הטיפול.

(ד) הסדר החדילה טרם תביעה (לרבות החזר ההוצאות והשכר שהובטח לתובע הייצוגי שבכח ולבא-כוחו) – ככל שיחתם כזה – יפורסם ברבים על ידי הרשות ועל חשבונה. פרסום שכזה יענה על דרישת השקיפות, יאפשר בקרה משפטית וציבורית במידת הצורך (השוו: בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד (3) 353, 361, 363-364 (1990); בג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 749 (1991)), ימנע הגשת תובענות ייצוגיות (חדשות) באותה עילה נוכח החדילה ויביא למעשה לידיעת כל מי שנפגע את האפשרות לתבוע אישית לגבי העבר (עד גבול ההתיישנות), כאמור בסעיף 21 סיפא לחוק תובענות ייצוגיות.

2. מבלי למעט מהאמור לעיל, אני גם שותף לדעתו של חברי, השופט נ' הנדל כי ראוי שהמחוקק יידרש במפורש ובפרוטרוט לסוגיה שעלתה בפנינו כאן, ואולם, עד שיעשה כן, ניתן לפעול, להבנתי, כמוצע על ידי.

3. בהסכמתי הנ"ל ובתוספות המוצעות על ידי בפיסקה 1 שלעיל – אין כדי לגרוע מהגישה שהתקבלה ב-ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדט 1987) בע"מ (4.9.2014) ונגעה בסיטואציות אחרות.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. מסכים אני כי חובת תובע ייצוגי ובא-כוחו להקדים פנייה לרשות מינהלית בטרם פתיחת הליך נגדה. כך בדין הפרטי, כך במשפט המינהלי וכך בשדה של תובענות ייצוגיות. כל מערכת דינים ונימוקיה, קל וחומר כאשר מדובר במערכות מצטברות.

הקושי בעמדה זו, כפי שצינו חבריי, הוא במצב בו הפנייה מצליחה להניב תוצאה. באופן זה נמנעת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית ושכר טרחת עורך-הדין אינו מובטח. חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין הציע כי עורך-הדין יהיה רשאי לפנות לבית המשפט המינהלי לפסוק גמול ושכר טרחה. חולשתו של פתרון זה, על אף ההיגיון התוצאתי שבו, מצויה לטעמי במגבלות שבהוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, הקובע בסעיף 9:

"(ב) בית המשפט לא יאשר תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, אם הרשות הודיעה כי תחדל מהגביה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור והוכח לבית המשפט כי היא חדלה מהגביה כאמור לכל המאוחר במועד הקובע.

(ג) החליט בית המשפט כאמור בסעיף קטן (ב),
רשאי הוא

(1) על אף הוראות סעיף 22, לפסוק גמול למבקש
בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף 22(ב);

(2) לקבוע שכר טרחה לבא כוח המייצג בהתאם
להוראות סעיף 23."

עולה כי סעיף (ג) חל במצב בו הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית, לאחר פנייה שסורבה או מבלי שנערכה פנייה, ובהמשך לכך הוכיחה הרשות כי חדלה מהגביה שבשלה הוגשה הבקשה. ואולם, אם הפניה המוקדמת הביאה להודעת חדילה, נראה כי לא ניתן לפנות עוד לבית המשפט המינהלי בכלל, ולקבלת שכר טרחת עורך-דין בפרט. כך עולה לדעתי מלשונו והקשרו של הסעיף, שלא רק שאינו מכיר בעילה אלא מונע את בירורה.

חברי השופט ח' מלצר העלה את האפשרות הבאה, במקרה בו פנייה מוקדמת זכתה בתשובה חיובית ושכר טרחת עורך-דין אֶין: הגשת תובענה על פי סעיף 5(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, לתשלום פיצוי בעילה של ניהול משא ומתן בחוסר תום לב. המשוכה הניצבת בפני הליך כזה היא, לטעמי, שרשות ציבורית עשויה לטעון כי לא ברור האם בפועל נוהל משא ומתן. ואפילו אם כן, לא ברור אם קיימת לרשות חובה לשלם שכר טרחה כאשר להשקפתי הדין לא קבע מנגנון לכך. אמנם צודק חברי כי סעיף 5(ב) דלעיל מתייחס ל"פיצוי". אולם במצב בו הרשות מסרה הודעת חדילה, ועל רקע האמור בסעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות – עולה כי הדלת לאישור תובענה נסגרה. מסופקני אפוא אם בנסיבות אלו ניתן להגיש בקשה ל"אישור תובענה ייצוגית", כלשון סעיף 5(ב)(2), והכל במטרה לקבל את הפיצוי האישי של שכר טרחת עורך-דין. אוסיף כי להבנתי, חוק תובענות ייצוגיות מלמדנו כי יש להבחין בין 4 סעדים שונים – השבה, פיצוי, גמול ושכר טרחה של בא-כוח מייצג (ראו סעיפים 20-23). אף יתכן, מבלי לקבוע מסמרות, כי במצב המשפטי הקיים סיכוייה של תביעה כזו אינם ברורים או מובטחים, ויתכן שרוב יהיה הנזק לפונה המוקדם מן התועלת אם תובענה כזו תידחה והתובע יחויב בהוצאות.

2. האם הדין המצוי הוא הדין הרצוי? שאלה זו למחוקק. הייתי מציע כי ישקול קביעת מנגנון המאפשר פנייה לבית המשפט המינהלי – שהרי מדובר בתובענה מינהלית – בנושא שכר הטרחה, כאשר פנייה מוקדמת הביאה לתוצאות. בנושא זה אעיר שתיים. האחת, כי אפשר לתקוף את המצב המשפטי בו אין מסלול דיוני ברור לתשלום הוצאות ויתכן שאף תשלומי גמול, במצב המתואר לעיל. הדבר פוגע בשיקולי תמריץ – מה טעם לפנות לרשות בטרם הגשת התובענה אם קבלת הפנייה תמנע מעורך-הדין לזכות בהוצאות? ניתן להשיב כי לא כצעקתה. נושא התמריץ מורכב יותר. העוסקים במלאכה ממילא פועלים על פי שיטת ה"אחוזים", תרתי משמע: גם באופן התנהלותם לעניין הגשת תביעות וגם לגבי אופן חישוב שכר הטרחה.

ההערה השנייה באה לידי ביטוי היטב בחוות הדעת המקיפה והמעניינת של חברי המשנה לנשיאה. בעיניי, הקושי באי-תשלום ההוצאות לפונה המוקדם שזכה לתשובה חיובית איננו בניתוח הכלכלי ובהעדר התמריץ, אלא בשיקולי צדק. הרי עורך-דין מתבקש לפנות תחילה לעירייה משיקולי הגינות ציבורית. האם הגינות ציבורית היא כביש חד-סטרי? האם כוחו של כלל זה לא מצדיק שעורך-דין אשר הצליח בפנייתו באמצעות תובע לא יזכה כלל לשכר טרחה? ויתכן שאף בגמול? האם צודק הוא כי הפונה יעדיף סירוב, שמא בדרך זו גדלה ההסתברות לכך שיזכה לשכר טרחה? והיכן שיקולי היעילות בתמונה?

3. רבות הן השאלות. וכאמור – לדעתי נכון שהמחוקק יתן דעתו לשאלה הבסיסית בה התמקדתי – שכר טרחת עורכי הדין. לכל הפחות יש לשקול את העניין. נחמה פורתא היא כי התחום של תובענות ייצוגיות בכלל, וכנגד רשויות מינהליות בפרט, הוא חדש ובשלבי התפתחות.

הוחלט פה אחד כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה, פרט לדעות רוב ומיעוט בפסקה ס"ה בנושא הנדון שם.

ניתן היום, ז' באב התשע"ה (23.7.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה