

# התפתחותן של עילות ההגנה בתביעות ייצוגיות כנגד רשויות המדינה

אריאל פלביאן\*

- א. מבוא: מעמדן המיוחד של המדינה ושל הרשויות המקומיות
- ב. התפתחות התביעה הייצוגית נגד הרשות בישראל
1. לידתה של התביעה הייצוגית נגד המדינה ומוסדותיה
  2. נימוקים לשלילת הליכים ייצוגיים נגד הרשות
  3. הדיונים בפני ועדת החקיקה
- ג. ההגנות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות
1. צמצום עילות התביעה נגד רשויות המדינה
  - 1.1 היעדר זכות תביעה ייצוגית בגין סמכויות פיקוח
  - 1.2 מהי רשות?
  - 1.3 מס, אגרה או תשלום חובה אחר
  2. חדילה מהגבייה
  3. קיצור תקופת ההשבה
  4. התחשבות בהכבדה על קופת הרשות הן בשלב הבקשה לאישור הן בשלב פסק הדין
  5. הפורום המינהלי
- ד. עילות הגנה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט
1. תום לב והתנהגות הצדדים
  2. שיהיו והסתמכות
  3. טענת הגנת התקציב
  4. בטלות יחסית
  5. ניכוי הוצאות
  6. גלגול הוצאות PASSING ON
  7. היעדרו של חסרון כיס למזכה

---

\* ד"ר למשפטים, מרצה מן החוץ באוניברסיטת חיפה, שותף במשרד הרצוג פוקס נאמן. תודתי נתונה לפרופ' חמי בן נון על הערותיו מאירות העיניים לגרסה קודמת של המאמר וכן לרו"ח זיצר על הסיוע בעריכת האומדן הכלכלי בפרק ב.2 למאמר. האחריות לתוכנו של המאמר על פגמיו (ככל שיימצאו) היא של המחבר בלבד.

ה. הגנות מהדין המינהלי

1. מיצוי הליכים

2. צמצום התקיפה העקיפה במסגרת תובענות ייצוגיות

1. סיכום

## א. מבוא: מעמדן המיוחד של המדינה ושל הרשויות המקומיות

התביעה הייצוגית נגד המדינה היא הסדר חקיקה ייחודי אשר אושר בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. החוק אפשר מסלול ייחודי להגשתן של תביעות השבה נגד רשויות המדינה, אשר גבו כספים שלא כדין.<sup>1</sup> עד אז היה ספק אם בכלל אפשר להגיש תביעות ייצוגיות נגד המדינה ואם יש לכך עיגון חקיקתי על פי סדרי הדין שנהגו טרם חקיקת החוק.<sup>2</sup>

פעילות המדינה ומסדותיה היא פעילות ציבורית לטובת הכלל. חשוב שהגשת תביעות ייצוגיות לא תמנע מהרשויות למלא את תפקידן הציבורי. לעיתים הפגיעה ברשויות בעקבות קבלתן של תביעות ייצוגיות עלולה לעלות על התועלת שתצמח מהגשתן של התביעות הייצוגיות נגד הרשות.<sup>3</sup>

חשיבותה של התובענה הייצוגית היא בקידום האינטרס הציבורי.<sup>4</sup> אולם בהקשר של תביעות נגד הרשויות נדרש איזון בין אינטרסים מנוגדים: מחד גיסא השמירה על שלטון החוק ועל חוקיות פעולות המינהל; ומאידך גיסא הגנה על הקופה הציבורית ועל ודאות התקציב, כדי לאפשר לרשויות למלא את תפקידיהן הציבוריים. הבעיה בתביעות אלו היא שלעיתים הגוף הנתבע אמור להמשיך לספק שירותים למי שהתביעה הוגשה בשמם, ולעיתים אף תגבה הרשות את הסכום הדרוש לכיסוי נזקי התובענה מכיסה של קבוצת התובעים.

1 פרט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות).

2 ראו דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005) (להלן: דנ"א א.ש.ת.).

3 ראו רע"א 6340/07 עיריית תל אביב נ' טיומקין, פס' 23 לפסק הדין של השופטת חיות (נבו 13.2.2011).

4 ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 410 (2014). ראו דברי השופט ג'ובראן: "התובענה הייצוגית שונה היא מתובענה רגילה. תובענה זו מקדמת גם ובעיקר אינטרס ציבורי", שם, בעמ' 515; כן ראו את דברי השופט רובינשטיין: "לנגד עיניו של בית המשפט צריכה לעמוד תדיר השאלה, כיצד משרת התיק את האינטרס הציבורי, בניהולו ובתוצאתו, ומכך נגזר כל היתר", שם, בעמ' 514.

חוק תובענות ייצוגיות יצר אפיק תביעה חדש נגד רשויות, אשר לא הוכר קודם לכן. אפיק זה אף גיבש מערכת של איזונים אשר נועדה לשמור על האינטרסים המנוגדים שבתביעות ההשבה נגד הרשויות.

אומנם החוק חל על המדינה ומוסדותיה,<sup>5</sup> אולם הצורך ליצור מנגנוני איזון הביא לידי כך שלכל אורכו נשזרו הוראות המבחינות בין המדינה והרשויות הציבוריות לבין נתבעים אחרים.<sup>6</sup> ההוראות שנקבעו בחוק נועדו לאזן בין הפגיעה באזרח ובין האינטרס הציבורי הכללי והחשש מלהטיל עלות משמעותית על הרשות, אשר תפגע בציבור הנזקקים לשירותיה.<sup>7</sup>

עם השנים נדרשו בתי המשפט לפרש את ההגנות הנתונות למדינה ומוסדותיה בחוק, ואף יצקו בהן תוכן, בהתאם לעקרונות המוכרים בדין הישראלי. הגנות אלה יש בהן כדי להשפיע על היקף התביעות הייצוגיות המוגשות נגד המדינה ומוסדותיה.

פרט 11 לתוספת השניה לחוק התביעות הייצוגיות מאפשר הגשת תביעות ייצוגיות כנגד רשויות המדינה, אך ורק לשם השבת סכומים שנגבו שלא כדין. הפרשנות שניתנה לתביעות ההשבה הושפעה הן מהדין המינהלי הנוהג בישראל והן מדיני עשיית עושר ולא במשפט אשר יצקו אל הדין הישראלי עקרונות ייחודיים של צדק ומשפט המשמשים מטריה הסוככת על תביעות ההשבה.

נראה כי בעת חקיקת החוק לא נצפה היקף התביעות אשר יבואו בעקבותיו, ובייחוד ההצפה בתביעות רבות נגד המדינה ומוסדותיה. על כן, במהלך השנים מאז נכנס החוק לתוקפו, התפתחה לא מעט חקיקה שיפוטית שנועדה, בחלק מהמקרים, לשמור על הקופה הציבורית ועל ודאות התקציב, הנדרשים לשם לפעילותם של מוסדות המדינה. חקיקה שיפוטית זו לא פעם הובילה לביטול מלא של סעד ההשבה או לתוצאה יחסית אשר היה בה למתן את ההשבה.<sup>8</sup>

מטרתו של מאמר זה היא לסקור את ההגנות העומדות לרשות המדינה ומוסדותיה. וכן לסקור את ההשלכות המיוחדות של דיני עשיית עושר ולא במשפט על תביעות ההשבה ועל ההוראות הרלוונטיות מהדין המינהלי על התביעה הייצוגית להשבה המוגשת נגד רשויות.

5 בס' 29 לחוק נקבע כי "חוק זה יחול על המדינה".

6 עע"ם 6687/11 מדינת ישראל נ' אבוטבול, בפס' 20 לפסק הדין של השופט שהם (נבו 25.12.2012).

7 שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופט שהם.

8 ראו בהקשר זה דברי השופט הנדל (בדעת מיעוט) בדנ"ם 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוט בע"מ, פס' 11-14 (נבו 17.12.2019) (להלן: דנ"ם יונס); באשר להתפתחות פרקטיקה של תובענות מינהליות נגד רשויות והשיקולים המיוחדים שעולים מהליכים אלו, ראו דפנה ברק-ארו משפט מינהלי: משפט מינהלי דינוי כרך ד 250 (2017) (להלן: ברק-ארו כרך ד).

בפרק ב' של המאמר אסקור את התפתחותה של התביעה להשבה כנגד המדינה ומוסדותיה; בפרק ג' אסקור את הוראות החוק המסדירות את תביעות ההשבה ואת מנגנוני ההגנה מפניהן; בפרק ד' אסקור את ההוראות הרלוונטיות בדין הכללי החלות על תביעות ההשבה, ובראשן מערכת השיקולים שבדיני עשיית עושר ולא במשפט; ובפרק ה' אסקור כמה מהוראות הדין המינהלי, אשר בשנים האחרונות התברר כי יש בהן כדי להשפיע במידה ניכרת על האפשרות להגיש תביעות השבה נגד רשויות. הואיל והשיקולים הרלוונטיים לדיני עשיית עושר חופפים במידת מה את שיקולי הדין המינהלי, ייסקרו בפרק זה הגנות אשר טרם נסקרו בפרק ג'.

## ב. התפתחות התביעה הייצוגית נגד הרשות בישראל

טרם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות ובמהלך הדיונים בפני ועדת המשנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת לעניין הצעת חוק תובענות ייצוגיות הוטלו ספקות רבים על הצורך להכיר בתביעה ייצוגית כנגד המדינה ומוסדותיה. ההתנגדות נבעה בעיקר מן הצורך לשמר את הקופה הציבורית ואת הוודאות התקציבית הנדרשת לרשויות למלא את תפקידן. היו שסברו כי המדינה ממילא תכבד כל פסק דין שיינתן כנגדה ותחיל אותו על כל רשויותיה. לכן אין צורך להכיר בתביעה ייצוגית כנגד המדינה. מנגד נראה כי התביעה הייצוגית היא כלי יעיל לשם מתן מזור לקבוצות של נפגעים מפעולות הרשויות וכי האינטרס הציבורי מחייב את אישור התביעה הייצוגית אף כנגד המדינה ומוסדותיה. הדרך הייחודית אותה עשתה התביעה הייצוגית כנגד המדינה ומוסדותיה הביאה להתפתחות דין שונה אשר יסקר בהמשך המאמר.

### 1. לידתה של התביעה הייצוגית נגד המדינה ומוסדותיה

עד חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות בשנת 2006, אפשר היה להגיש תביעות ייצוגיות אך ורק מכוח חוקים פרטניים.<sup>9</sup> ההסדרים הפרטניים היו בעייתיים בעיקר מכיוון שעילות התביעה הוגבלו לעילות הקבועות בחוקים אלו עצמם, ולא

<sup>9</sup> חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968: בהמשך, החוק נכלל בתיקון לחוק החברות; חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994; חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט-1959; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 (עם חקיקת חוק החברות, התשנ"ט-1999); חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005.

היה אפשר לכלול עילות אשר נוצרו על פי חוקים אחרים.<sup>10</sup> בשל מגבלות אלו, לא פעם השתמשו בתי המשפט המחוזיים בתקנה 29 לתקנות סדרי הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 אשר מקורה בדין האנגלי. תקנה זו הייתה מיועדת להגשת תביעה אשר יש בה מעוניינים רבים, אך לא היו בה מאפיינים הדרושים לתובענות ייצוגיות, כגון תנאים לאישור הסדרי פשרה וכיוצא באלה.<sup>11</sup>

חוק תובענות ייצוגיות הכיר, לראשונה בישראל, בזכות לתבוע את המדינה ואת מוסדותיה. הליך החקיקה עצמו היה מזוהזז והושפע מפסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ.<sup>12</sup>

בעניין א.ש.ת. נחלקו השופטים בעמדותיהם בשאלה אם אפשר לתבוע את המדינה ומוסדותיה.<sup>13</sup> דעת הרוב הייתה כי אין להשתמש בהנחיה הכללית שבתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי בנושאים שאינם כלולים בחקיקה הסקטוריאלית אשר נהגה בעבר, וכי יש לקבוע מנגנון חקיקתי מקיף. עוד סברו שופטי הרוב כי אין להגיש תובענות ייצוגיות נגד המדינה. דעת המיעוט הייתה כי אפשר להשתמש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי לשם הגשת תביעות ייצוגיות וכן להרחיב את תחולתה באמצעות פסיקה שתצא תחת ידם של בתי המשפט.

השופטת ביניש, אשר רוב שופטי ההרכב הצטרפו לדעתה, ציינה כי ישנם מנגנוני תביעה חלופיים נגד המדינה אשר השימוש בהם עדיף על הגשת תביעה ייצוגית. כן ציינה באותו עניין כי באופן עקרוני, פסק דין לטובתו של תובע אחד

10 לדיון בבעייתיות שבחוקים הפרטניים, ראו סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ 307, 307-314 (2004).

11 ראו דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הכנסת 234; כמו כן, ראו חמי בן נון "מעמדה של תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984" שערי משפט 193, 193-225 (2005).

12 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003) (להלן: עניין א.ש.ת.). דעת הרוב אושרה אף בדיון נוסף שהושפע רבות מקידום הליכי החקיקה. ראו דנ"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 2. השופטת שטרסברג-כהן ציינה כך: "הנימוק העיקרי להחלטתנו בדיון נוסף זה קשור להתפתחות שהתרחשה לאחר שניתן פסק הדין בערעור בכל הנוגע להליכי החקיקה הרלוונטיים לתובענות ייצוגיות". שם, בעמ' 206.

13 השופטים ביניש, אנגלרד ושל' לויין הציגו את עמדת הרוב, ואילו השופטת שטרסברג-כהן והנשיא ברק כתבו את דעת המיעוט. יודגש כי הנמקותיהם של השופטים לא היו אחידות, אך לא ראינו צורך לפרטן במאמר זה; לסקירה מקיפה ראו אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 387, 408-410 (2004) (להלן: קלמנט "התביעה הייצוגית").

יכול לחול על כל יתר התובעים. זאת מכיוון שהמדינה, בדרך של תקדים מחייב, מתחייבת להחיל את הכרעת הדין הסופית במחלוקת על כל הגורמים הנכללים בקבוצה, ואשר עניינם זהה, ולכן אין צורך בריבוי התדיינויות או בהליך ייצוגי. ממילא לאחר שתיתנת הכרעה הצהרתית בעניינו של תובע אחד, היא תוחל על כל קבוצת התובעים. לכן, לאחר מכן, יהיה צורך לבחון את שאלת חובת ההשבה או הפיצוי על הנזק באופן פרטני בנוגע לכל אחד מיחיד הקבוצה.<sup>14</sup>

## 2. נימוקים לשלילת הליכים ייצוגיים נגד הרשות

אכן, ישנם נימוקים רבים לשלילת הזכות להגיש תובענות ייצוגיות נגד המדינה ומוסדותיה. לכן, לקראת סיומם של הדיונים בוועדת החקיקה בנושא חוק תובענות ייצוגיות, הודיעה המדינה כי היא מתנגדת להכיר בזכות להגיש תובענה ייצוגית נגד המדינה ומוסדותיה.

אחת הטענות המוכרות יותר לשלילת התביעה הייצוגית נגד המדינה היא כי אין צורך של ממש בהתערבות שיפוטית לשם הנעת רשויות ציבוריות להשקיע משאבים במניעת טעויות. זאת מכיוון שחזקה על המדינה ועל רשויות ציבוריות אחרות כי הן פועלות משיקולים של טובת הציבור, וממילא נראה כי המדינה, כגורם שלטוני, לא מגיבה במישרין על תמריצים כלכליים.<sup>15</sup>

טענה נפוצה לשלילת זכות התביעה הייצוגית נגד המדינה היא כי אין צורך בהליך ייצוגי. זאת שכן המדינה מחויבת לכבד חוקים והחלטות שיפוטיות הנקבעות בתובענות אישיות בעלות השפעות רוחב או בפסקי דין של בג"ץ.<sup>16</sup>

14 עניין א.ש.ת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 277-278. השופטת שטרסברג-כהן (בדעת מיעוט) דחתה טענה זו משום ש"בג"ץ אינו דן בתביעות בעלות אופי אזרחי מובהק הנתונות בתחום סמכותם של בתי-המשפט האזרחיים, בין לעניין קבלת סעדים הצהרתיים או צווי-מניעה ובין לעניין תביעה לסעד כספי. זאת ועוד, פעמים רבות כרוך בירורה של התובענה בבירור עובדתי, שבידי הערכאה הדיונית כלים טובים יותר לשם עריכתו", שם בעמ' 255. כאמור, העתירה לדיון נוסף נדחתה בין היתר בשל הליכי החקיקה אשר התקדמו באותה העת.

15 אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" משפטים לח(3) 445, 469 (2008) (להלן: חמדני וקלמנט).

16 בדיון בוועדת החקיקה ציינה נציגת משרד המשפטים כי קיימות תביעות רבות להשבת כספים נגד המדינה וכי הדרך הפשוטה לגרום לכך שהמדינה תשיב כסף לאזרחיה היא באמצעות ערכאות מינהליות. ראו פרוטוקול ישיבה 16 של ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 62 (26.1.2006). כמו כן, באשר לעמדת משרד המשפטים כי אין צורך בתביעות ייצוגיות נגד המדינה ראו פרוטוקול ישיבה 15 של ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 23-41 (11.1.2006).

נימוק נוסף השולל את הצורך בתביעות השבה נגד רשויות הוא שיש ספק אם תביעות השבה נגד הרשויות מביאות תועלת חברתית. זאת שכן בהרבה מן המקרים העלות עולה על התועלת לציבור. זאת משום שבדרך כלל מדובר בסכומים זעירים, והעלות שתוטל על הקופה הציבורית בשל נקיטת פעולות שיידרשו למניעת הטעויות, עולה על סכומי החיסכון לקופה הציבורית.<sup>17</sup>

נימוק אחר לשלילת הזכות לתובענה ייצוגית נגד הרשות הוא חפיפה אפשרית בין הקבוצה שתממן את החזר החיוב שהוטל על הרשות בתובענה, ובין הקבוצה המיוצגת בתובענה הייצוגית.<sup>18</sup> את חברי הקבוצה הנפגעת יפצו החברים עצמם משיוטל עליהם חיוב נוסף מצידה של הרשות, ולכן ספק אם תצמח תועלת של ממש לחברי הקבוצה מהתביעה הייצוגית.<sup>19</sup>

עוד נימוק שיש בו לשלול את התביעות כנגד המדינה ורשויותיה הוא כי לא פעם התביעה מתנהלת שנים רבות לאחר המעשה שבגינה הוגשה התביעה. אי-לכך, ייתכן כי בעת מתן פסק הדין בראש הרשות יעמדו גורמים חדשים אשר התנגדו לגבייה נשוא התובענה. על כן, אלמנט ההרתעה בתביעה הייצוגית לא יהיה יעיל.

נראה כי השיקול העיקרי לשלילת התביעה הייצוגית נגד המדינה הוא הפגיעה בוודאות התקציבית. הרשות גובה מתושביה סכומים לא מבוטלים, ומנגד מספקת מגוון רחב של שירותים לתושבים. הרחבת תביעות ההשבה עלולה לפגוע בתפקודה של הרשות ולמנוע ממנה את למלא את תפקידיה הרבים ולתת שירותים לתושביה.<sup>20</sup> מאז חקיקת החוק הוגשו נגד המדינה ונגד הרשויות המקומיות לא מעט תובענות ייצוגיות.

מחקר שנערך באשר ל-2,056 תביעות שהוגשו בתקופה שבין אפריל 2006 לאוגוסט 2012,<sup>21</sup> נמצא כי כ-14% מסך כל התביעות שהוגשו, עילתן הייתה לפי

17 ראו חמדני וקלמנט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 470.

18 ראו דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, פס' 46 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס (נבו 14.4.2015) (להלן: דנ"א שירותי בריאות כללית).

19 לפירוט הנימוקים בעד ונגד הגשת תביעות ייצוגיות נגד המדינה, ראו בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (נבו 29.8.2011) (להלן: בג"ץ שני כהן): פסק הדין נכתב על ידה בהסכמת השופטים ארבל וברלינר.

20 ראו חמדני וקלמנט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 470; ראו גם את מאמרו של סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" עלי משפט 7, 11-10 (2007); עניין טיומקין, לעיל ה"ש 3; ת"צ (מנהליים ת"א) 5127-07-10 כפתורי נ' מנהל מקרקעי ישראל מחוז תל אביב, פס' 6 להחלטה (נבו 10.5.2012).

21 אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר-שדה תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית יוני 2014 (מחלקת מחקר של הרשות השופטת, 2014) (להלן: פרספקטיבה אמפירית).

פרט 11 לתוספת השניה – כלומר תביעת השבה נגד רשות.<sup>22</sup> כ-9% מהנתבעים היו רשויות מקומיות, 4.7% מהנתבעים היו רשויות ציבוריות, 2.4% היו תאגידיים עירוניים ו-0.8% מהנתבעים היו חברות ממשלתיות.<sup>23</sup> מחקר זה אף מצא כי הסכום הממוצע הנתבע בתביעות נגד רשויות נמוך מממוצע הפיצויים הנתבעים מחברות פרטיות או מחברות ציבוריות הנסחרות בבורסה ועומד על סך כ-24 מיליון ש"ח. הגמול הממוצע המבוקש מסכומי התביעות מסתכם בכ-6% ושכר הטרחה הממוצע המבוקש מסכומי התביעות מסתכם בכ-15.24%.

יודגש כי ממחקר שבחן את התביעות הייצוגיות בשנים 2017 ו-2018 נמצא כי אחוז התובענות הייצוגיות נגד רשויות לפי פרט 11 לתוספת השניה לחוק נותר כ-13% (לפי מחקר זה בשנת 2017 הוגשו כ-1,441 תביעות ובשנת 2018 כ-1,250 תביעות). אולם מספר התביעות המוגשות פחת בשנת 2017 והוגשו כ-200 תביעות ובשנת 2018 כ-158. תביעות לפי פרט 11 לתוספת השניה לחוק נמצאו במקום השני בדירוג התביעות לפי עילות. העילה הנפוצה ביותר היא העילה לפי פרט 1 – בנושאי צרכנות. מחקר זה מצביע על כך שכ-13% מהתביעות הייצוגיות מופנות כלפי המדינה ומוסדותיה.<sup>25</sup>

ממחקר שפורסם ביולי 2011 ובחן תביעות ייצוגיות שהוגשו לבית המשפט המחוזי בתל-אביב בשנת 2010 ובמחצית הראשונה של שנת 2011, מצא כי סכום התביעה הממוצעת נגד רשויות נע בין 22,000,000 ש"ח לבין 26,000,000 ש"ח.<sup>26</sup> בשנת 2020 ניתח רו"ח זיצר את נתוני המחלקה לפיקוח תקציבי של הכנסת. לפי נתונים אלה באותה עת פעלו בישראל בסך הכול 255 רשויות מקומיות, וההכנסות העצמיות של הרשויות המקומיות הללו יחדיו בשנת 2015 הוערכו בכ-34.4 מיליארד ש"ח.<sup>27</sup> המשמעות היא שההכנסה העצמית הממוצעת של רשות היא כ-135 מיליון ש"ח. על פי המודל שערך רו"ח זיצר ומתוך הנחה שבסך

22 שם, בעמ' 13, פרק ד(1)א', טבלה 1.

23 שם, בעמ' 14, פרק ד(1)ב', טבלה 2.

24 שם, בעמ' 19, פרק ד(1)ה', טבלה 5.

25 ראו אסף פינק "מחקר סיכום שנת 2018 תובענות ייצוגיות – מוצג בכנס השנתי 9- לתובענות ייצוגיות 2019.3.2" <https://bit.ly/3CwyxPB>.

26 צמרת פרנט "עלייה חדה בהגשת תביעות ייצוגיות, בעיקר נגד חברות התקשורת גלובס (6.7.2011). הנתונים נאספו על ידי העיתון גלובס בסיוע הנהלת בתי המשפט בנוגע לתביעות שהוגשו בשנים 2010 ו-2011 בבית המשפט המחוזי בתל אביב. זמין ב- <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000661350>.

27 תמיר אגמון וניאור תקציבי הרשויות המקומיות (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2017). הובאו בחשבון הכנסות עצמיות ולא מענקים מהשלטון המרכזי אשר, בדרך כלל, מיועדים על פי טיבם למימון מתן שירותים ממלכתיים על ידי הרשויות המקומיות כגון חינוך, רווחה, דת וכיוצא בזאת.



הכול הוגשו נגד הרשויות המקומיות בשנה מסוימת כ-133 תביעות מתוך 200 התביעות על פי פרט 11; 28 סכומה הממוצע של כל תביעה נגד רשות הוא כ-25 מיליון ש"ח כל אחת; הסכום המצטבר השנתי של התביעות נגד הרשויות המקומיות הוערך על בסיס נתונים אלו ב-3.325 מיליארד ש"ח. מכאן עולה כי ממוצע התביעות נגד כל אחת מ-255 הרשויות בישראל מסתכם בכ-13 מיליון ש"ח וכי בכל שנה כ-9.6% מהכנסותיה הממוצעות של כל רשות מאוימות באמצעות תביעות ייצוגיות. על כל אלו יש להוסיף כי חלק ניכר מן הרשויות המקומיות נתון בגירעון ולא יוכל לעמוד בתשלום, אם בתביעות אלה ימצאו חייבים.<sup>29</sup>

ריבוי התביעות וסכומי העתק הנתבעים מן הרשויות הציבוריות עלולים להרתיען ולמנוע מהן להוציא פרויקטים לפועל עד אשר תתבהר התמונה המשפטית. אין ספק ששיקול זה עיצב את ההגנות שהתפתחו במהלך השנים באשר לתביעות ההשבה נגד רשויות.

### 3. הדיונים בפני ועדת החקיקה

הליך חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות החל בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין א.ש.ת., אשר בעקבותיו הוגשו שתי הצעות חוק פרטיות שכללו מתן אפשרות להגיש תביעות ייצוגיות נגד המדינה.<sup>30</sup> על רקע זה הגיש משרד המשפטים הצעת חוק מטעמו.<sup>31</sup> הדיונים בהצעות החוק התנהלו בו-זמנית ובהליך מזורז כדי לסיים את מעשה החקיקה לפני תום הקדנציה של הכנסת השש-עשרה. הצעות החוק הפרטיות כללו עילה כללית להגשת תובענות ייצוגיות כמקובל בארצות הברית, ללא צמצום עילות התביעה. לעומת זאת בהצעת החוק הממשלתית נכללה אך ורק רשימה סגורה של עילות תביעה כדי

<sup>28</sup> הערכה על בסיס של 66% מהתביעות הייצוגיות על פי פרט 11 ובהנחה שהוגשו מאתיים תביעות השבה בשנה לפי פרט זה. סכום התביעה הממוצעת נקבע על פי מחקר גלובס, לעיל ה"ש 26, וכן בפרספקטיבה אמפירית, לעיל ה"ש 21, בפרק ד(1)ה'.

<sup>29</sup> מובהר כי אין מדובר בנתונים מדויקים אלא באומדן כללי בלבד. כמו כן קיימת שונות רבה בתקציבי הרשויות המקומיות וכן במספר התביעות המוגשות נגד כל רשות ורשות. הבחינה החשבונאית של רו"ח זיצר נערכה בתחילת שנת 2020 והתייחסה לתקופה שקדמה לשנת 2019. מאז כתיבת המאמר ככלל, ובתקופת הקורונה בפרט, חלו שינויים הן במספר התביעות הייצוגיות והן בנתונים הכספיים לרבות ביחס ההכנסות העצמיות של הרשויות המקומיות לכלל הכנסותיהן ועדיין ברור כי היקפי התביעות הייצוגיות כנגד הרשויות המקומיות עלול לגרום לנטל תקציבי משמעותי על קופתן.

<sup>30</sup> הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 232. ראו גם גולדשטיין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 11.

<sup>31</sup> תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005.

לצמצם את החוק לנושאים אזרחיים מסחריים. ברשימה הסגורה לא נכללת עילת תביעת השבה נגד המדינה.

ועדת החקיקה, ובראשה חבר הכנסת רשף חן, קיימה כשלושה-עשר מפגשים בנוכחותם של נציגי משרד המשפטים.<sup>32</sup> הדיונים נסבו על הוראות החוק, ורק בסופו של הליך החקיקה נדונה האפשרות שיוגשו תביעות נגד המדינה. עמדת המדינה הייתה כי אם לא תאושר רשימת העילות כפי שהוצגה בהצעת החוק הממשלתית, לא תתמוך המדינה בהצעת החוק המתגבשת.<sup>33</sup>

נוכח האיום כי הצעות החוק הפרטיות יקודמו, ובשל לחץ הזמנים הרב שנגרם בשל גלישת הדיונים לפגרת בחירות, והודעתו של היו"ר רשף חן כי לא יכהן כחבר כנסת בכנסת הבאה, הושגה הפשרה עם נציגי המדינה. פשרה זו הביאה ללידתו של הליך ייחודי וחדשני המאפשר הגשת תביעות כספיות להשבה נגד המדינה ומוסדותיה תוך יצירת איזון. איזון זה מאפשר לצמצם את ההכבדה על הקופה הציבורית ולשפר את הוודאות התקציבית הנדרשת לרשויות המדינה.<sup>34</sup> הסכמת המדינה להצעת החוק המשולבת ניתנה לאחר שהוגבלה זכות התביעה לתביעות השבה בלבד. בהוראות החוק נכללו גם הגנות אשר יש בהן כדי ליצור איזון בין שיפור זכות הגישה של האזרח לבתי המשפט, כדי לשטוח את תביעותיו נגד גופים עוצמתיים כגון המדינה ומוסדותיה, ובין הצורך להגן על קופתה של המדינה המעניקה שירותים חיוניים לכלל הציבור ואינה פועלת לשם הפקת רווחים.

הפשרה שהושגה בהליך החקיקה, כמו גם הליכי החקיקה עצמם, הותקפו בבג"ץ כהן. בית המשפט העליון ציין לטובה את הליך החקיקה וקבע כי מדובר בהליך יסודי, קפדני ומעמיק אשר השתתפו בו אנשי סגל רבים מהאקדמיה, בנקאים, בעלי עניין נוספים מהשוק הפרטי, ובסופו הצטרפו גם נציגים ממשרד המשפטים וממשרד האוצר.<sup>35</sup> אשר להוראות שנכללו בחוק ונועדו להגן על המדינה מפני תביעות ייצוגיות, ציין בית המשפט כי אין מדובר בהוראות שיש

32 ובראשם הגברת שרית דנה אשר הייתה באותה העת משנה ליועץ המשפטי לממשלה, ועורכת דין שירלי אבנר, ממחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים.

33 ראו פרוטוקול ישיבה 16 של ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 61 (26.1.2006): עמדת משרד המשפטים הייתה "תסכים לעילות אנחנו נסכים להעביר את החוק".

34 גולדשטיין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 11; וכן ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק תובענות ייצוגיות 2006" הפרקליט מט(1) 131 (2006) (להלן: קלמנט "קווים מנחים"); כן ראו דנ"ם יונס, לעיל ה"ש 8, בפס' 36 לפסק הדין של הנשיאה חיות; ולאחרונה: דנ"ם 8626/17 מנירב נ' מדינת ישראל – משרד האוצר – רשות המיסים, פס' 18 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 11.11.2020) (להלן: ענין מנירב 4).

35 ראו בבג"ץ כהן, לעיל ה"ש 19, בפס' 16 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

בהן כדי לצמצם את זכות הגישה לערכאות באופן בלתי חוקתי, אשר אינו עומד בפסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוסיף בית המשפט:

"מניעת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בכל עילה אפשרית מקיימת קשר רציונלי לשמירה על הוודאות התקציבית, שכן היא מונעת את הצורך לעמוד בפני תשלום פיצוי גבוה שהמדינה לא צפתה את קיומו. שנית, נוכח האיזונים השונים שנקבעו בחוק – ובהם, מחד, הרחבת היקף עילות התביעה נגד המדינה באמצעות תובענה ייצוגית, ובכלל זה תביעות השבה; ומאידך, צמצום עילות אחרות וצמצום היקף ההשבה במקרים מסוימים – תוך הפסקתה של הפרקטיקה הפסולה – ניתן לומר כי נבחרו אמצעים שפגיעתם בזכות היא במידה שאינה עולה הנדרש. גם בחינת התועלת שבהגבלות על זכות הגישה לערכאות אל מול הפגיעה בזכות מעלה כי האמצעי שנבחר הוא מידתי. זאת, במיוחד בהתחשב בעובדה שעל פי רוב הנזק לכל אחד מחברי הקבוצה הוא נזק קטן. בנסיבות אלה, ככל שיש פגיעה בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית, פגיעה זו עומדת במבחני פסקת ההגבלה.<sup>36</sup>"

יש להניח כי סכומי התביעות נגד הרשויות ומספרן לא נצפו בעת אישורו של חוק תובענות ייצוגיות. מאז חקיקתו של החוק ובשנים שלאחר מכן, גדל מספר התובענות נגד הרשויות המקומיות,<sup>37</sup> הגם שבהחלט יש התייחסות בחוק לעומס המוטל על הקופה הציבורית. לכן בחוק נכללו הוראות שמטרתן להגן על תקציבן של הרשויות. עם זאת נראה כי במרוצת השנים מצאו בתי המשפט לנכון להוסיף הגנות על אלה הקבועות בחוק, ולשקול את אי-החוקיות שבגביית היתר כנגד שיקולים אחרים כגון שיהוי, בטלות יחסית, תום לב והסתמכות.

## ג. ההגנות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות

### 1. צמצום עילות התביעה נגד רשויות המדינה

חוק תובענות ייצוגיות הגביל את אפשרויות התביעה לעילות שהוגדרו בתוספת השניה לחוק. חלק מהעילות אשר נכללו בתוספת זו, הוכרו גם טרם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות. אולם, מרבית העילות שכבר התקיימו בעבר, הוגדרו בו בהרחבה. באשר לגישה שקדמה לחוק תובענות ייצוגיות, והתייחסה לחוקים

<sup>36</sup> שם, בפס' 36 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

<sup>37</sup> ראו פרספקטיבה אמפירית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 12, פרק ד'1, תרשים 1.

ספציפיים – יש לראות בהן, על פי החוק בגירסתו החדשה, שערי כניסה הכוללים דברי חקיקה רבים תחת קורת הגג של עילה רחבה יותר. למשל, עילות צרכנות או עילות הקשורות לבנקאות ואינן נובעות אך ורק מחוק יחיד כפי שהיה הדבר טרם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות 2006. החוק החדש אף כלל עילות תביעה חדשות אשר לא היה אפשר להגיש בגינן תביעות ייצוגיות קודם לכן.<sup>38</sup> סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כך:

"לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית; על אף האמור, לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיזיים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי; בסעיף קטן זה ובסעיפים 5(ב)(2), 9 ו-21, 'רשות' – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים".

#### 1.1 היעדר זכות תביעה ייצוגית בגין סמכויות פיקוח

משמעות סייג זה היא כי אי אפשר לתבוע את המדינה בגין הפעלתה או אי הפעלתה של סמכות הפיקוח.<sup>39</sup> זאת שכן המדינה, באמצעות רשויותיה, משמשת כלי הפיקוח העיקרי בשווקים רבים כגון שוק ניירות ערך, שוק הביטוח, שוק הבנקאות וכיוצא באלה. יתרה מזו, כאשר מדובר בהפעלת סמכות פיקוח או אסדרה (רגולציה) מצד המדינה, אי אפשר להגיש נגד המדינה תביעה בטענה כי היא מעוולת במשותף עם הגוף הפרטי המפוקח, שנגדו אפשר להגיש תביעה ייצוגית.<sup>40</sup> בהקשר זה ציין בית המשפט העליון בבג"ץ כהן:

38 ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 34, בעמ' 133.

39 ת"צ (מחוזי נצ') 24612-09-12 גדיר נ' מועצה אזורית עמק יזרעאל (נבו 3.2.2013), שבו נדחתה על הסף תביעה ייצוגית נגד המועצה בגין אי-פיקוח על הפעלת מטמנה אשר גרמה למפגעי ריח.

40 ת"צ (מנהליים ת"א) 50458-06-16 כן לזקן לקידום זכויות הזקנים נ' מדינת ישראל, פסק הדין של השופט אלמגור (נבו 18.10.2017); ראו גם רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ (נבו 26.4.2010), שבו נדחתה תביעה נגד המדינה בגין הפעלת סמכות פיקוח על מחירי שיחות הטלפון בין-לאומיות אשר גבתה חברת בזק בינלאומי בתקופה שבה הייתה מונופול, אף כאשר נטען כי המדינה הפיקה רווחים ממלאכת הפיקוח.

"סעיף 3(א) אינו מעניק למדינה חסינות מהותית מפני תביעות נזיקיות, אלא קובע כי במצבים בהם צד שלישי הוא שגרם את הנזק לא ניתן יהיה לתבוע את המדינה באמצעות תובענה ייצוגית. הסעיף אינו שולל הגשת תביעה אישית נגד המדינה או הגשת עתירה לבג"ץ – במקרים המתאימים – אלא אך מגביל את האפשרות להגיש נגדה תובענות ייצוגיות בעילה של 'הפעלה או אי-הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה'. [...] אף שנכון הדבר כי במקרים מסוימים, כאשר מדובר בתביעות שסכומן קטן, פוחתת כדאיות ההליך, מבחינה כלכלית. כפי שצינו קודם, זכות הגישה לערכאות אינה מקנה לתובע זכות לתבוע בהליך מסוים דווקא, וגם חוק תובענות ייצוגיות כשלעצמו לא התיימר ליצור זכות מהותית להגשת תובענות ייצוגיות, אלא אך להסדיר את המצבים בהם ניתן להגיש תובענות ייצוגיות בישראל בשורה של נושאים ותחומים".<sup>41</sup>

ההגנה על הרשות בהקשר פעילותה כמפקחת בלבד רחבה ותחול על פעילות פיקוח הקבועה על פי דין כגון פיקוח על שוק הבנקאות, על שוק ניירות הערך, על הביטוח וכיוצא באלה. וכן במקום שבו הפיקוח נעשה על פי התקשרות עם גוף פרטי הפועל מטעמה של הרשות.

בעניין הרפז,<sup>42</sup> הוגשה תביעה ייצוגית נגד רשות שדות התעופה בשל זיהום שהתגלה בדלק הסילוני. זיהום זה הביא להפסקת תדלוק מטוסים וגרם, בין היתר, לשיתוק חלקי של פעולת נמל התעופה נתב"ג, ולביטול או לדחייה של טיסות. בית המשפט המחוזי מצא כי רשות שדות התעופה היא אשר הוסמכה על פי דין להפעיל את שדה התעופה, ומתוקף כך אחראית אף לאספקת דלק סילוני למטוסים. הרשות יכולה למלא חובה זו בעצמה או באמצעות הפרטת השירות וסיפוקו באמצעות גורם פרטי.<sup>43</sup> בית המשפט המחוזי דחה את התביעה על הסף ומצא לנכון לציין כי כאשר "[...] הטענות שהמבקש מעוניין לברר כנגד רשות שדות התעופה עניינן רשלנותה בפיקוח על צדדים שלישיים (קרי, החברות שהיו אחראיות לספק ולנטר את הדלק הסילוני), ולא מעשים או מחדלים ישירים שלה, באפשרותו לבררן בתובענה רגילה, אך לא על דרך של תובענה ייצוגית".<sup>44</sup>

41 ראו בג"ץ שני כהן, לעיל ה"ש 19, בפס' 34 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

42 ת"צ (מחוזי מר') 11-05-28098 הרפז נ' רשות שדות התעופה (נבו) (5.12.2012).

43 שם, בפס' 9 לפסק הדין.

44 שם, בפס' 14 לפסק הדין.

בית המשפט ציין כי אין להבחין בין פיקוח הנעשה מכוח דבר חקיקה ובין פיקוח הנובע מהחלטה של הרשות להפריט את פעילותה: "קשה לראות מדוע כאשר הרשות הציבורית מבצעת פיקוח מכוח החוק אין היא חשופה לאפשרות שתתבע בתובענה ייצוגית, ואילו כאשר היא מבצעת פיקוח מתוך בחירה היא צריכה להימצא חשופה לסיכון שכזה. לעניין זה יש לתת את הדעת לתכלית חריג הפיקוח".<sup>45</sup>

נמצא כי אם ההגנה חלה על הרשות כאשר היא מבצעת את העבודה בעצמה, אזי יש מקום להחיל את ההגנה החלה על הרשות, גם כאשר היא מעבירה את הפעילות לגוף פרטי תוך שהיא מותירה לעצמה את מלאכת הפיקוח בלבד.<sup>46</sup> עם זאת, כאשר מדובר בעילת תביעה בגין גביית אגרה שלא כדין באמצעות תאגיד הגובה את התשלום ומעבירו למדינה, אפשר לתבוע את הרשות יחד עם הגוף פרטי,<sup>47</sup> ואין עילת תביעה אך ורק נגד התאגיד שגבה כספים והעבירם לרשות.<sup>48</sup> עוד הובהר כי ההגנה המונעת הגשת תביעות ייצוגיות נגד המדינה בגין הפעלת סמכות פיקוח או אי-הפעלתה היא דיונית ולא מהותית. על כן התיר בית המשפט העליון לחברה פרטית להגיש הודעת צד שלישי נגד מדינת ישראל כדי לדרוש כספים ששולמו למדינה בגין גבייה לא חוקית של מיסים שהועברו לקופת המדינה.<sup>49</sup> במקרה זה לא יחולו על המדינה ההגנות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות אף שנראה כי מדובר באנומליה אשר ספק אם המחוקק התכוון אליה.<sup>50</sup> הכרעה זו עומדת כעת לדיון על שולחנו של המחוקק בתיקון 14 לחוק תובענות ייצוגיות.<sup>51</sup> בהצעת החוק הוצע כי לא ניתן יהיה להגיש תביעה ייצוגית כנגד רשות מקום שבו לא היה אפשר לתבוע את הרשות מלכתחילה באופן ישיר. כמו

45 שם, בפס' 18 לפסק הדין.

46 ראו גם בש"א (מחוזי חי') 1150/07 שפינדלר נ' מדינת ישראל (נבו) 25.3.2007 באשר להפרטת שירותי הקנטינה בבתי הסוהר.

47 ת"צ (מנהליים מר') 13-10-23105 קילשטיין נ' מדינת ישראל (נבו) 11.7.2017.

48 בש"א (מחוזי ת"א) 13037/03 שוהם נ' כלמוביל בע"מ (נבו) 19.1.2009.

49 ע"א 7115/14 סירוגה-ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ (נבו) 3.7.2017. (להלן: עניין סירוגה).

50 שם, בפס' ח' לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

51 הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 14), התשפ"ב-2021, ה"ח הממשלה 282. הצעת החוק נועדה לצמצם את עילות התביעה כנגד רשות מקרקעין ישראל (רמ"י), קופות החולים ותאגידי המים וכן למנוע הגשת הודעות צד שלישי כנגד המדינה. בשעת עריכתו של מאמר זה טרם אושרה הצעת החוק. כמו כן, בתוכנית הכלכלית לשנת 2020 הוחלט לאשר את התיקונים לחוק תובענות ייצוגיות הכוללים את מניעת הגשת הודעת צד שלישי להכרה במעמד של קופות החולים, תאגידי המים, ורמ"י כרשויות וכן הגבלת תקופת ההשבה; ראו טיוטת התוכנית הכלכלית לשנת 2020, בעמ' 108-110, זמין באתר <https://bit.ly/3vRorVy>. משרד האוצר

כן הוצע בתיקון לחוק כי במקרה שבו התביעה שהוגשה כנגד גורם פרטי מתייחסת להשבת של מיסים עקיפים או מס שנוכה במקור, תהיה לרשות המסים הזכות להצטרף להליך, ולהקנות לנתבע הפרטי את ההגנות הניתנות לרשות לנתבע הפרטי. על הצעות אלו הובעה ביקורת שכן החשש הוא כי אם לא ניתן יהיה להגיש הודעת צד שלישי עדיין הנתבע בתביעה העיקרית יהיה רשאי להגיש תביעה נפרדת נגד הרשות, ויש למנוע כי הרשות תעלה טענות אשר יהיה בהן כדי לסתור את ההכרעה שניתנה בפסק הדין בתביעה העיקרית. כמו כן באשר להקניית הגנה לנתבע הפרטי במקרה שבו תצורף רשות המסים לתובענה, החשש הוא כי האיזון שנועד להעניק הגנה לרשויות בחוק תובענות ייצוגיות יופר תוך פגיעה בציבור אשר ישא בתשלום נשוא התובענה.<sup>52</sup> עם זאת, אם לא תוענק הגנה לנתבע הפרטי במקרים אלו ייתכן כי יוטל על הנתבע לשאת בהחזר תשלומים אותם גבה והעביר לרשויות.

### 1.2 מהי רשות?

"רשות" אליה מתייחסות ההוראות בחוק תובענות ייצוגיות, מוגדרת בסעיף 2 לחוק בתי המשפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000, כך: "רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

בהקשר זה מתעוררת השאלה מהם אותם גופים אשר יראו בהם רשות. זאת בשל תחולתה של החלופה השלישית בהיותם גוף או אדם אחר הממלא תפקיד ציבורי על פי דין.

לשם בחינתה של הסוגיה מהי רשות מקובל לפנות להגדרות הקבועות בחוק בתי המשפט לענינים מינהליים (הגדרת "רשות" בסעיף 2 לחוק בתי המשפט לענינים מינהליים) וכן להגדרת סמכויות בג"ץ שבסעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה.<sup>53</sup> באשר לתביעות ההשבה נגד רשויות נקבע בפרט 11 לתוספת השניה לחוק כי:

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

<sup>52</sup> הדס הולצשטיין-תמיר טיוטת התכנית הכלכלית 2021–2022: הסתייגות הקליניקה לתובענות ייצוגיות ס' 16–19 (נייר עמדה, 2021) (להלן: נייר העמדה של הקליניקה לתובענות ייצוגיות).

<sup>53</sup> בג"ץ 6451/18 חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 12 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו 19.7.2021).

חובה; תביעה כאמור נגד רשות מקרקעי ישראל, במסגרת פעילותה לפי חוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, תוגש לפי פרט זה בלבד".

יודגש כי למדינה כמה כובעים ולמשל, לעיתים, היא פועלת כעוסק בתחום העסקי.<sup>54</sup> כאשר המדינה היא צד לחוזה או פועלת בדרך אחרת במגזר העסקי, לא תחול על פעילות זו מגבלת העילה הקבועה בפרט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות. כך, לדוגמה, כאשר המדינה מתקשרת בחוזים או מנהלת פעילות עסקית אחרת, אפשר לראות בה "עוסק" ועל כן אפשר להגיש נגדה תביעה על פי הפרט הראשון לתוספת השניה שעניינו תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן.<sup>55</sup> לעיתים פועלת המדינה כמעסיק ואז נתונה היא לתביעה ייצוגית לפי אחד מהפרטים החלים על מעסיקים.<sup>56</sup> כך גם כאשר הרשות מחויבת לשמור על זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות,<sup>57</sup> או אחראית לשמירת הסביבה.<sup>58</sup> כאשר אין תחולה להוראות פרט 11, לא תחול אף ההגנה הקבועה בסעיף 9 לחוק בדבר מתן אפשרות חדילה, ולא יהיה אפשר לתבוע את הרשות בבית המשפט לענינים מינהליים.<sup>59</sup>

בית המשפט העליון סבר כי פעילות מינהל מקרקעי ישראל לגביית דמי היתר נובעת מחוזה החכירה וכי בהקשר זה יש לראות במינהל מקרקעי ישראל עוסק. לפיכך הותרה תביעה לפי פרט 1 לתוספת השניה לחוק, העוסק בעניינים שבין

54 ע"א 7808/06 לוי נ' משרד השיכון, פס' 12 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו) 20.8.2012): "מעמדן המיוחד של רשויות המדינה השונות כגופים שעליהן חל, בין היתר, גם המשפט הציבורי לא יעמוד להן למגן בפני תביעה, מקום בו המדינה עסקה בפעילות שאפשר לראותה כ'עסקית', או כ'פרטית' במהותה".

55 ראו פרט 1 לתוספת השניה לחוק (אשר חל על כל תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו ובין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין לא).

56 ראו פרטים 8 ו-10 לתוספת השניה לחוק.

57 ראו פרט 9 לתוספת השניה לחוק.

58 ראו פרט 6 לתוספת השניה לחוק

59 ע"ע"ם 7752/12 אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' ל"ה-ל"ו לפסק הדין של השופט רובינשטיין, פס' 2-5 לפסק הדין של השופט גרוניס (נבו 2.11.2014); ראו גם ת"צ (שלום ת"א) 45032-06-14 ריין נ' טאבו ישרי – קו מנחה בע"מ (נבו 15.10.2015): בית המשפט מצא כי תביעה ייצוגית נגד חברה פרטית שהתקשרה בהסכם להספקת שירותי מידע בקשר לרישום זכויות בפנקסי המקרקעין מצויה בגדר סמכותו של בית המשפט האזרחי, ודחה את הטענה כי יש להעביר את הדיון לבית המשפט לענינים מינהליים, שכן החברה הפרטית איננה רשות, לא הואצלו לה סמכויות הרשות, ואין היא ממלאת תפקיד ציבורי על פי דין; ראו גם בש"א (מחוזי ת"א) 32116/07 שוהר שרותי תעבורה 2001 בע"מ נ' שקד חצובי (נבו 9.1.2008).



עוסק ללקוח.<sup>60</sup> על רקע זה, ובעקבות פסק הדין בעניין **אסל**, תוקן פרט 11 לתוספת השניה ובסיפא לו הוסף כי אי אפשר לתבוע את רשות מקרקעי ישראל בתביעה ייצוגית אלא להשבת כספים שנגבו שלא כדין.<sup>61</sup>

אשר לתאגידי המים קבע בית המשפט העליון בדיון נוסף כי הואיל ושירותי מים וביוב הם שירותים ציבוריים, והגם שתאגידי המים הם גוף נפרד מן הרשויות המקומיות, ובעלי אישיות משפטית עצמאית, בכל זאת הם תאגידי סטטוטוריים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין ולפיכך ראוי לסווגם כ"רשויות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות.<sup>62</sup>

זמן קצר לאחר מכן נדרש בית המשפט העליון להכריע בסוגיה אם קופות החולים משמשות רשות לצורכי חוק תובענות ייצוגיות.<sup>63</sup> הפעם נחלקו דעות השופטים בבית המשפט העליון כאשר דעת הרוב הייתה כי קופות החולים אינן בגדר "רשות" בהתאם להגדרה הקבועה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, אליו מפנה חוק תובענות ייצוגיות וגביית דמי השתתפות עצמית ביחס לציוד מתכלה שסופק על ידיהן לפי סל הבריאות – אינה יכולה להיחשב כ"מילוי תפקיד ציבורי על פי דין". השופט גרוסקופף ציין כי:

"דמי ההשתתפות שגובות קופות החולים, גם אם הם מובאים בחשבון במסגרת ההתחשבות בין המדינה לקופות החולים, נגבים על פי שיקול דעתן, והן חופשיות לוותר עליהן או לתת עליהן הנחות. זאת ועוד, מדובר בגבייה המתקבלת לכיסן של קופות החולים, ולא לכיסה של המדינה או רשות מרשויותיה".<sup>64</sup>

60 ראו עניין **אסל**, שם.

61 התוספת כאשר לרמ"י אושרה בצו תובענות ייצוגיות (תיקון התוספת השניה לחוק), התשע"ז–2017: זאת לאחר שבעניין **אסל** נקבע כי רמ"י כמוה כעוסק ולפיכך אפשר להגיש נגדה תביעות ייצוגיות כעוסק המספק שירות ללקוח ובמגוון רחב יותר של עילות. לאחר תיקון פרט 11 לתוספת השניה הובהר כי רמ"י היא רשות ולפיכך אפשר להגיש נגדה אך ורק תביעות השבה; לעתירה נגד צו זה, ראו בג"ץ 3715/18 **אברהם נ' שרת המשפטים** (נבו 17.1.2019): שבו ניתן צו ביניים המורה למדינה לנמק מדוע לא יבוטל הצו המונע הגשת תביעות ייצוגיות כנגד רמ"י לפי פרט 1 לתוספת. בעתירה נטען כי שרת המשפטים לא מוסמכת להסיר חלק מעילות התביעה שנקבעו בתוספת לחוק אלא רק להוסיף על העילות הקבועות בתוספת. לאחר הגשתה של עתירה זו הונחה על שולחנה של הכנסת הצעת חוק תיקון 14 לחוק תובענות ייצוגיות הנוכרת לעיל.

62 ראו דנ"ם **יונס**, לעיל ה"ש 8.

63 ראה בג"ץ **חיון**, לעיל ה"ש 53.

64 שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

השופט גרוסקופף אף ציין כי אומנם קופות החולים מספקות שירות חיוני, אולם אספקת שירות חיוני כשלעצמה גם כשהיא כפויה ומפוקחת בקפידה על ידי הדין והרגולטור, איננה בגדר "מילוי תפקיד ציבורי על פי דין". זאת ועוד קיימים גופים נוספים המספקים שירותים חיוניים כדוגמת חברת חשמל, בתי ספר פרטיים ומוסדות אקדמיים, ואולי גם בנקים, חברות ביטוח וחברות תקשורת, אולם על פי עמדת שופטי הרוב בפסק הדין גופים אלו אינם בגדר רשות.

לעומת זאת דעת המיעוט שהובאה על ידי השופטת ברון הייתה כי קופות החולים מקיימות מאפיינים מובהקים של גופים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין ועל כן יש לראות בהן רשות. השופטת ברון סברה לגופו של עניין כי המחלוקת נגעה לגביית דמי השתתפות עצמית לציוד מתכלה שסופק על ידה כחלק מסל הבריאות ותשלומים אלו אינם בגדר מס, אגרה או תשלום חובה אחר ועל כן לא מתמלא תנאי זה של פרט 11. מטעם זה סברה השופטת ברון כי היה מקום לקבל את העתירה ולאפשר את המשך התובענה הייצוגית כנגד קופות החולים מתוקף היותן בגדר "עוסק" הנותנות שירות ללקוחותיהן וזאת על פי פרט 1 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות.

ההבחנה בין פעילותה של הרשות כעוסק ובין פעילותה כרשות בעייתית במיוחד כאשר לרשות יש פן דו-מהותי. לעיתים היא פועלת במישור העסקי מכוח חוזים וגובה תשלומים מכוח חוזים, ולעיתים פעילותה כרוכה בהפעלת סמכויות שלטוניות.<sup>65</sup> בעניין אסל הציע בית המשפט העליון לבחון אם האופי הדומיננטי של ההחלטה הוא עסקי-מסחרי, גם אם יש פן שלטוני לפעילות.<sup>66</sup> יש לזכור כי תכליתו של פרט 1 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות היא לשמור על כללי מסחר הוגנים במגזר העסקי בין עוסקים לצרכנים, ולא להנהיג גורמות שלטוניות.<sup>67</sup> על כן במקרה שבו הפעילה הרשות סמכות שלטונית, לא יהיה מקום לאפשר להגיש נגדה תביעה ייצוגית כעוסקת ויחולו עליה הוראות פרט 11.

<sup>65</sup> ראו דברי ביקורת ודוגמאות הממחישות את הבעייתיות למשל באשר לפעילות רשות שדות התעופה ודואר ישראל, בספרם של אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 566-567 (2017).

<sup>66</sup> עניין אסל, לעיל ה"ש 59, בפס' כ"ז, ל', ל"ה לפסק הדין של השופט רובינשטיין. בפסקאות אלו הודגש הצורך לבחון אם החלק הדומיננטי בפעילות הרשות היה עסקי-מסחרי או שלטוני-מינהלי.

<sup>67</sup> רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876, 884 (2002). דברים אלו נאמרו בקשר לסעיף 36 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, אשר אפשר הגשת תביעות ייצוגיות נגד עוסק במתכונת מצומצמת מזו הקבועה בפרט 1 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות.

## 1.3 מס אגרה או תשלום חובה אחר

ההשבה על פי פרט 11 מיועדת אך ורק לכספים שהרשות גבתה שלא כדין כגון מס,<sup>68</sup> אגרה או תשלום חובה אחר. לצד מקרים ברורים שבהם ההשבה נוגעת לתשלום מס או אגרה מובהקים, עולה לעיתים השאלה מהו תשלום חובה אחר. הבסיס המשותף לתשלומים שאליהם מכוון פרט 11 הוא ההגנה על מיסים ועל תשלומי חובה המיועדים לשמש מקור למימון תקציב והוצאות המדינה לרבות קידום מדיניות כלכלית וחברתית. קנסות המוטלים בהליך פלילי כאמצעי ענישה, ובכללם עבירות חניה, זרים לתכליות אלה ואינם באים בגדרו של הסעיף.<sup>69</sup> אולם נראה כי עיצומים כספיים שאינם חלק מהליך פלילי, יבואו בגדרו של פרט 11 לתוספת השניה. עיצום כספי מקורו בדין המינהלי והוא נועד להבטיח התנהלות תקינה של האזרח. על כן הוא נכלל בתכליות שאליהן התכוון המחוקק בחוקקו את פרט 11.<sup>70</sup>

פרט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות מתייחס למיסים, לאגרות ולתשלומי חובה אך לא לכל התשלומים שרשויות גובות. בית המשפט העליון עמד על ההבחנה בין מס טהור, שאין בגינו כל תמורה,<sup>71</sup> ובין מחיר טהור,<sup>72</sup> אשר אינו בגדר תשלום חובה ואין זכות להגיש תובענה ייצוגית בגינו. מחיר טהור הוא מחיר שניתן בתמורה לשירות או לסחורה והוא משקף את ערכו של השירות או המוצר על פי כוחות השוק והסכמת הצדדים. הפרט לא מחויב לשלם את המחיר הטהור לרשות, והוא יכול להימנע מלקבל את השירות או הסחורה אם אין הוא

68 נראה כי נדרשת גבייה בפועל ולא עתירה למחיקת חוב מספרי העירייה; ראו עניין טיומקין, לעיל ה"ש 3; אין גם תועלת בטענת "התעשרות פסיבית", דהיינו הטענה, למשל, שהמדינה התעשרה בכך שנחסכו ממנה תשלומי הוצאות ייצור חשמל אף שאין היא הגוף הגובה את תשלומי החשמל בפועל; ראו ת"מ (מנהליים י-ם) 506/10 שלוש נ' מדינת ישראל משרד התשתיות הלאומיות (נבו 12.2.2013); כמו כן, ראו פלינט ווינצקי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 568-570.

69 בר"ם 7302/16 עיריית תל אביב יפו נ' איגרא (נבו 15.3.2018).

70 ת"צ (מנהליים מר') 35779-05-18 כהנא נ' רשות המיסים בישראל (נבו 30.12.2018).

71 אהרון נמדר דיני מיסים [מס הכנסה] 29 (מהדורה שנייה 1993); ראו גם אלפרד ויתקון ויובל נאמן דיני מיסים (מהדורה רביעית 1969); ע"א 889/01 עיריית ירושלים נ' אל עמי ייזום השקעות ובנייה בע"מ, פ"ד נז(1) 340, פס' 13 לפסק הדין של השופט אנגלרד (2003).

72 ויתקון ונאמן, שם, בעמ' 7; בג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 210 (2004); ראו גם עע"ם 980/08 מנירב נ' מדינת ישראל – משרד האוצר (נבו 6.9.2011) (להלן: עניין מנירב 1); ע"א 474/89 קריב נ' רשות השידור, פ"ד מו(3) 374 (1992); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 256 (מהדורה שנייה 2010).

מעוניין בהם.<sup>73</sup> תשלום בגין שירות או סחורה יכול להיחשב למחיר טהור אף אם מדובר בשירות מונופוליסטי ייחודי של השלטון או של זרוע מזרועותיו.<sup>74</sup> סוג אחר של תשלומים הכלול בפרט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות הוא האגרה. גם אגרה היא תשלום חובה המוטל על ידי הרשות הציבורית, אך בשונה ממס, תשלום האגרה כרוך בשירות מסוים שהרשות מספקת לאזרחיה. האגרה צריכה להיות קשורה ביחס סביר לשירות הניתן לאזרח עבורה. שלא כמחיר, שיעורה של האגרה לא מותנה בערך השירות שבגינו היא ניתנת ולא נקבע בהכרח על בסיס מסחרי. גובה האגרה יכול להיקבע גם על פי שיקולי מדיניות.<sup>75</sup>

בפרשו את המונח "תשלום חובה אחר", ציין בית המשפט העליון,<sup>76</sup> כי יש דמיון לשוני רב בין המינוח בפרט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות ובין ההוראה בחוק יסוד: משק המדינה,<sup>77</sup> הקובעת את העיקרון שאין להטיל מס, אגרה או תשלומי חובה אחרים אלא על פי הסמכה מפורשת בחוק. לפיכך סבר בית המשפט העליון כי יש להחיל מבחן משפטי-נורמטיבי כדי לקבוע מהו אותו תשלום חובה אחר. לפי אותו מבחן, יש לבדוק אם מדובר בתשלום מסוג התשלומים אשר לצורך הטלתם נדרשת הסמכה בדין. אם אין הסמכה חוקית לגבותם, השאלה היא עדיין אם מדובר במחיר ראוי לשירות המדובר או באגרה מוסווית הנגבית שלא כדין. לצורך ההכרעה מקובל להחיל שני מבחנים: מבחן התמורה ומבחן הרצון החופשי.<sup>78</sup> מבחן התמורה מתחלק לשני מבחני משנה:

73 ע"ם 7373/10 לוי נ' מדינת ישראל צבא הגנה לישראל מדור תשלומים, פס' 28–29 (נבו 13.8.2012).

74 ע"א (מחוזי י-ם) 6536/05 אגמון נ' הממונה על העמדת מידע לציבור במשרד החינוך, פ"מ(2) 946, פס' 6 (ב) לפסק הדין של השופט גל (2006); בג"ץ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד טו 197, 206 ו-208 (1961).

75 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 73, בפס' 31 לפסק הדין; ראו עניין מנירב 1, לעיל ה"ש 72; וכן ע"א 154/83 שופרסל בע"מ נ' איגוד ערים אזור רמת-גן, בני ברק וגבעתיים, פ"ד לז(4) 403, 407 (1983); ע"א 620/82 מועצת עיריית הרצליה נ' רשף, פ"ד לז(4) 57 (1983); אהרן נמדר מס הכנסה 39 (מהדורה שלישית 2010).

76 עניין לוי, לעיל ה"ש 73, בפס' 23 לפסק הדין של השופט זילברטל.

77 ס' 1 (א) לחוק יסוד: משק המדינה קובע: "מסים, מילואות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פי; הוא הדין לגבי אגרות". עמדה זו תאושר כדבר חקיקה אם תיקון מס' 14 לחוק תובענות ייצוגיות יאושר. בתיקון זה, אשר טרם אושר על ידי המחוקק, יקבע שיתווספו לאחר המילים בפריט 11: "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" – המילים: "כמשמעותם בסעיף 1 (א) לחוק יסוד: משק המדינה".

78 בג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, פס' מ"ח-נ"ד לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 13.11.2014); ראו גם ת"צ (מנהליים ת"א) 115/07 מנירב נ' מדינת ישראל – רשות המיסים (נבו 11.8.2015) (להלן: עניין מנירב 2).

תמורה מיידיית וישירה ותמורה שוות ערך. אגרה להבדיל ממחיר לא בהכרח משקפת את שווי השוק של השירות. לעומת זאת לפי מבחן הרצון החופשי, אם התשלום הוא כפוי, אפשר לראות בחיוב אגרה. אף תשלום בתנאי מונופול יכול להיחשב לאגרה מכיוון שלצרכן אין אפשרות להתנגד למחיר הנדרש או לקיים משא ומתן בתנאי שוק חופשי.<sup>79</sup> בית המשפט העליון קבע לאחרונה כי על אף ההכרה בתאגיד מים כרשות הממלאת תפקיד ציבורי, התשלום שמשלם התושב לתאגיד המים אינו מס או תשלום חובה אחר, אלא מחיר בעד שירות שניתן לתושב, ועל כן לא חלות עליו ההוראות שבפרט 11 לתוספת השניה לחוק.<sup>80</sup> בית המשפט חזר והדגיש כי כדי להבדיל בין מחיר למס יש לבחון את העלות הריאלית. על פי מבחן העלות הריאלית, כאשר התשלום שאותו האזרח נדרש לשלם לרשות שווה בפועל לתשלום שאותו הוא היה משלם לו היה רוכש את אותה תמורה בשוק החופשי – אפשר לראות בתשלום זה מחיר ולא מס או תשלום חובה, גם אם מדובר בתשלום שאותו הרשות גובה מהאזרח בתנאי מונופול.<sup>81</sup>

יישומם של מבחנים אלו הביא לקביעה כי תשלום אשר רשות המיסים גובה ממייצגי נישומים עבור חיבור למערכת שע"מ של רשות המסים, הוא בגדר אגרה הנגבית שלא כדין וללא הסמכה שבדין ועל כן חלות עליו הוראות פרט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות. הטענה כי מדובר במחיר עבור שירות נדחתה, שכן מדובר בתשלום שנכפה ולא הייתה אפשרות לקיים משא ומתן באשר לגובה התשלום. ואשר למבחן התמורה, אין יחס ישר בין התשלום לשירות עצמו.<sup>82</sup>

בבג"ץ חיון נבחנה הסוגיה אם דמי ההשתתפות העצמית בגין הציוד הרפואי הם בגדר "מחיר" או בגדר "מס, אגרה או תשלום חובה אחר". השופט גרוסקופף סבר כי הסיבה לכך שמדובר בתשלום חובה הדומה לאגרה נובעת מכך שהגבייה בוצעה בפיקוח המחוקק ועל פי הסמכה בדין. ואף מכיון שהתשלום שאותו גובות

79 עניין צ'רטוק, לעיל ה"ש 66, בעמ' 886 לפסק הדין.

80 ראו דנ"ם יונס, לעיל ה"ש 8; ראו גם עניין הרשות הממשלתית למים ולביוב, לעיל ה"ש 78.

81 ראו דנ"ם יונס, לעיל ה"ש 8, בפס' 24 לפסק הדין של הנשיאה חיות; ראו גם ההפניה לעע"ם 2796/13 מגאדבה נ' שירות בתי הסוהר – מדינת ישראל, פס 16–22 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 6.9.2017): בפסק הדין נקבע כי, על בסיס מבחן העלות הריאלית, גביית עמלת הפקדה בחשבון מאסירים אינה מסוג התשלומים המנויים בפרט 11 לתוספת השניה לחוק. לעומת זאת צוין בחוות דעתו של המשנה לנשיאה השופט מלצר בדעת מיעוט כי תשלומי הריבית בלבד הם מס ולא מחיר.

82 עע"ם 7741/15 מנירב נ' מדינת ישראל – רשות המיסים (נבו 22.10.2017) (להלן: עניין מנירב 3); עניין הרשות הממשלתית למים ולביוב, לעיל ה"ש 78.

קופות החולים כהשתתפות עצמית אינו מייצג את התמורה הראויה בגין השירות או המוצר, אלא הוא נמוך ממנו באופן משמעותי. לעומת זאת השופטת ברון ראתה בגביית ההשתתפות העצמית משום "מחיר" ולא אגרה מכיון שקיימת זיקה ישירה בין הגבייה לבין התמורה הישירה והמיידיית הניתנת על ידי קופות החולים כנגד הגבייה בדמות הטיפול או המוצר הרפואי הרלוונטי. כן ציינה השופטת ברון כי הגבייה נעשית בהסכמה ולא בכפייה. ללקוחות הקופה קיימות חלופות לקבל את השירות הרפואי במקומות אחרים ואף מטעם זה אין לראות בגבייה זו משום "מס אגרה או תשלום אחר" אלא "מחיר" שבגיניו ניתנת תמורה ישירה ומיידיית.<sup>83</sup>

לעומת זאת נפסק כי ניכוי דמי ביטוח מגמלה המשולמת לגמלאי של צה"ל אינו בגדר תשלום חובה אחר אשר נדרשת הסמכה על פי דין להטילו. על כן נדחתה תביעה ייצוגית על פי פרט 11 לתוספת השניה.<sup>84</sup> בעניין אחר נקבע כי התשלום שמכון התקנים גובה ממי שמבקש לקבל תדפיס של תקן או לעיין בתקן באינטרנט, הוא תשלום שבא בגדרי פריט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות בהיותו תשלום חובה אחר. זאת שכן מדובר בתשלום שהרשות טענה כי היא גובה אותו מכוח סמכותה בדין, וכן משום שבאותו עניין בית המשפט סבר כי מדובר בשירות שאותו מספקת הרשות כמונופול.<sup>85</sup>

קשה לומר כי קיימת הכרעה ברורה וחד-משמעית באשר לסיווגם של תשלומים שנגבים על ידי רשויות. בכל מקרה על פי נסיבותיו יהיה צורך להחיל את המבחנים השונים באשר להסמכה החוקית לגבייה הזיקה בין הגבייה לבין התמורה המשולמת ובסוגיית ההסכמה.

## 2. חדילה מהגבייה

סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות, קובע:

"(א) הוגשה בקשה לאישור בתביעה כמפורט בפרט 11 בתוספת השניה (בחוק זה – תביעת השבה נגד רשות), לא ידון בה

<sup>83</sup> בג"ץ חיון, לעיל ה"ש 53, בפס' 26 לפסק הדין של השופט גרסקופף, והשוו לפס' 40–41 לפסק הדין של השופטת ברון. ויודגש כי אומנם השופטת ברון נותרה בדעת מיעוט בסוגיה העיקרית שבה עסק פסק הדין, אם קופות החולים הן בגדר רשות, ואולם בנושא זה של אופי התשלום לא הצטרף השופט עמית למי מעמדות השופטים האחרים בהרכב ועל כן נותר נושא זה בגדר "צריך עיון".

<sup>84</sup> ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 73.

<sup>85</sup> בש"א (מחוזי ת"א) 31042/08 איתן נ' מכון התקנים הישראלי (נבו 1.4.2009): ערעור על החלטה זו נדחה בהסכמה – בר"ם 3556/09 מכון התקנים הישראלי נ' איתן (נבו 23.3.2011).

בית המשפט אלא לאחר שחלפה תקופה של 90 ימים מהמועד שבו הוגשה הבקשה לאישור ובית המשפט רשאי להאריך תקופה זו מטעמים שיירשמו (בסעיף זה – המועד הקובע).

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

(ג) החליט בית המשפט כאמור בסעיף קטן (ב), רשאי הוא –  
 (1) על אף הוראות סעיף 22, לפסוק גמול למבקש בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף 22(ב);  
 (2) לקבוע שכר טרחה לבא כוח המייצג בהתאם להוראות סעיף 23."

מטרת הסעיף לתת לרשות שהות לבחון את חוקיות התנהלותה. אם מצאה הרשות כי גבתה דבר מה באופן בלתי חוקי, באפשרותה להודות באי-חוקיות הגבייה ולחדול ממנה.<sup>86</sup> כוונת הסעיף היא לתת לרשות תמריץ לחדול מגבייה בלתי חוקית בדרך של הקניית הגנה מפני תביעות ייצוגיות. מהדיון בוועדת הכנסת,<sup>87</sup> עולה כי הכלל שהוחל כאן הוא "מודה ועוזב ירוחם".<sup>88</sup> החשש היה מפני פגיעה בתקציבי הרשויות המקומיות אשר יידרשו להשיב סכומים גבוהים בגין טעויות עבר.<sup>89</sup> על כן ניתנה להן האפשרות לחדול מהגבייה הבלתי חוקית כנגד מתן הגנה מפני תביעות ייצוגיות.

הנשיאה חיות ציינה כי זהו כלל הגנה ייחודי ומשמעותי המוענק לרשות, והוא יונק את שורשיו מחובת מיצוי הדין שבדין המינהלי.<sup>90</sup> פרק הזמן המוקצה לרשות

<sup>86</sup> עניין טיומקין, לעיל ה"ש 3, בפס' 24 לפסק הדין של השופטת חיות. צוין כי תקופת תשעים הימים שקובע הסעיף ואשר במהלכה לא ייוקק בית המשפט לתביעת השבה נגד הרשות שלצידה בקשה לאשרה כתובענה ייצוגית נועדה לאפשר לרשות לפשפש במעשיה ולחדול בפרק הזמן האמור מן הגבייה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור.

<sup>87</sup> ראו דברי חבר הכנסת רשף חן בדיון בהצעת החוק בכנסת בדיון במליאת הכנסת. פרוטוקול ישיבה 310 של הכנסת ה-16, 64-67 (1.3.2006) (להלן: דברי חבר הכנסת חן).

<sup>88</sup> משלי כח 13: "מְכַסֶּה פְּשָׁעוֹ לֹא יִצְלִיחַ, וּמוֹדֶה וְעֹזֵב יִרְחָם".

<sup>89</sup> בש"א (מנהליים ת"א) 31032/06 סריגי שלום ומלכה בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פס' 21 לפסק הדין של השופט בנימיני (נבו 15.7.2009); ת"מ (מנהליים ת"א) 138/07 דורון נ' רשות המיסים, פס' 32 לפסק הדין של השופט אלטוביה (נבו 15.11.2012).

<sup>90</sup> ראו דנ"ם יונס, לעיל ה"ש 8, בפס' 39 ו-41 לפסק הדין של הנשיאה חיות, בפס' 6 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז; כמו כן, ראו ברק-ארוז כרך ד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 251.

כדי לחדול מן הגבייה הוא תשעים ימים. בעבר נהגו בתי המשפט לחייב את התובע למסור הודעה מוקדמת לרשות כדי לאפשר לה להגיב על הטענות. זאת בדומה לדרישה בדין המינהלי למצות את ההליך לפני הגשת תביעה נגד הרשות, ואף לעיתים כחלק מדרישת תום הלב. דרישה זו עוררה קשיים לא מעטים בעיקר בשל הפגיעה בתובע הייצוגי ובעורך דינה של הקבוצה, אשר לא היה זכאי לשכרו במקרה שבו הרשות חדלה מהגבייה עוד טרם הגשת התביעה הייצוגית.<sup>91</sup> על כן נקבע לאחרונה כי אין להוסיף על האמור בסעיף חובה לפנות פנייה מוקדמת נוספת לרשות טרם הגשתה של התביעה הייצוגית.<sup>92</sup>

יודגש כי פעולת החדילה לא חייבת להיות קשורה לתביעה הייצוגית, ואין צורך להוכיח קשר סיבתי בין הפסקת הגבייה ובין הגשתה של התביעה הייצוגית.<sup>93</sup> החדילה יכולה להיעשות על ידי מתן הודעה של הרשות במועד הקבוע בסעיף 9 לחוק, או על ידי שינוי חקיקה המכשיר את הגבייה או מורה על הפסקתה.<sup>94</sup> מטרתו של הסעיף שהרשות תפעל כדין, ואין נפקא מינה אם התוצאה הושגה בעקבות הגשתה של התביעה הייצוגית או בעקבות תיקון חקיקה או הפסקה רצונית של הרשות עובר להגשתה של התביעה הייצוגית. די בכך שהרשות חדלה מן הגבייה בתום פרק הזמן שנקבע בסעיף 9 לחוק, דהיינו תשעים ימים ממועד הגשתה של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.<sup>95</sup>

בתי המשפט מפרשים את ההוראה שבסעיף 9 פרשנות דווקנית ומצמצמת. לפיכך לשם קבלת ההגנה הקבועה בסעיף 9 לחוק, על הרשות להוכיח כי היא חדלה מן הגבייה הבלתי חוקית לכל המאוחר במועד הקבוע,<sup>96</sup> דהיינו תשעים

91 לסקירה מקיפה של הנימוקים נגד החובה לפנות פנייה מוקדמת, ראו חמי בן-נון וטל חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" **עלי משפט** יב 7 (2015).

92 ראו דנ"ם יונס, לעיל ה"ש 8.

93 ראו עניין טיומקין, לעיל ה"ש 3.

94 ראו ת"צ (מנהליים י-14-01-27840 עברי נ' מי שמש בע"מ, פס' 13 לפסק הדין (נבו 13.8.2015): צוין כי חדילה "יכול שתהא בהחלטת הרשות לחדול מן הגבייה ויכול שתהא מכוח הוראת דין או בהסמכה מפורשת בהוראת חוק לבצע את הגבייה (חדילה סטטוטורית)"; ראו גם ת"צ (מנהליים חי' 14-12-1048 ברונב נ' מעיינות אתא בע"מ תאגיד המים והביוב, פס' ו' לפסק הדין (נבו 4.2.2015); עניין טיומקין, לעיל ה"ש 3, בפס' 26 לפסק הדין של השופטת חיות (שבה ציין בית המשפט העליון כי הוראת החוק החדשה יכולה להכשיר את הגבייה או להבהיר במפורש את דבר חוקיותה).

95 ראו עניין קו מחשבה בע"מ, לעיל ה"ש 40, בפס' 28 לפסק הדין.

96 ההגנה תחול גם במקרה שבו החדילה נעשתה עוד טרם הגשת התביעה הייצוגית, ולא בעקבות הגשתה; ראו ת"מ (מחוזי ת"א) 109/06 בן ישי נ' עיריית לוד (נבו 3.10.2006); ת"מ (מנהליים ת"א) 112/06 אלבו נ' עיריית חולון (נבו 10.6.2007).



ימים ממועד הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. אם הבקשה לא הומצאה לרשות במועד הגשתה, הרשות יכולה לבקש ארכה כדי שיעמדו לרשותה תשעים ימים ממועד ההמצאה.<sup>97</sup> מלבד מקרה שבו לא נעשתה ההמצאה במועד כאמור לעיל, לא תינתן הארכת מועדים על נקלה.<sup>98</sup> פגרת בתי המשפט כלולה בתשעים הימים שבהם על הרשות לחדול מן הגבייה, אך היא לא כלולה במועד שבו על הרשות למסור את הודעתה לבית המשפט.<sup>99</sup> הגישה הרווחת היא כי הארכת המועד למתן הודעת חדילה יש בה משום פגיעה של ממש בקבוצה אשר עקב הארכת המועד לא תזכה להשבה, ואלמלא ההארכה הייתה זוכה בהשבת הכספים שנגבו שלא כדין.<sup>100</sup> החלטה הדוחה בקשה להארכת המועד למתן הודעת חדילה מעבר לתשעים הימים הקבועים בסעיף 9 לחוק, אינה מסוג ההחלטות שאפשר לערער עליהן.<sup>101</sup>

97 בר"ם 7689/13 מינהל מקרקעי ישראל נ' דהאן (נבו) 29.6.2014; ראו גם ת"צ (מנהליים) חי' 33113-12-17 אבו אלפול נ' עיריית שפרעם (נבו) 30.7.2018.

98 ראו ת"צ (מנהליים י-ם) 42430-09-14 בן עזרא נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (נבו) 13.4.2016; בית המשפט לעניינים מינהליים דחה בקשה להאריך את המועד למתן הודעת חדילה כדי להמתין להכרעה בתיק אחר שבו עמדה להכרעה סוגיה משפטית וזה; ראו גם עניין דהאן, לעיל ה"ש 97; ת"צ (מנהליים ת"א) 27831-01-14 מי הרצליה בע"מ נ' שושן (נבו) 21.5.2015. עם זאת בעניין עברי, לעיל ה"ש 94, בפס' 17, ציין בית המשפט לעניינים מינהליים כי אפשר לבקש ארכה מטעמים מהותיים ולא רק טכניים כפי שנכתב בחלק מפסקי הדין, שכן בסעיף 9 לחוק צוין כי בית המשפט רשאי להאריך את המועד מ"טעמים שיירשמו" ולא ננקטה הלשון המצמצמת שלפיה תינתן ארכה אך ורק במקרה שבו קיימים "טעמים מיוחדים שיירשמו". בת"צ (מנהליים מר') 27055-08-13 דיק נ' מיתב תאגיד אזורי למים וביוב בע"מ, פס' 5 לפסק הדין (נבו) 14.5.2015; בית המשפט לעניינים מינהליים קיבל בקשה להארכת מועד לפרק זמן של שנתיים מעבר למועד הקובע לשם הגשת הודעת חדילה סטטוטורית המכשירה את גביית תעריפי המים. בית המשפט ציין כי שינוי חקיקה שיש בו חדילה סטטוטורית הוא משום נסיבות חריגות המצדיקות הארכת המועד לחדילה עד למועד החדילה הסטטוטורית. וראו גם פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 578-579.

99 ראו עניין דהאן, לעיל ה"ש 97, בפס' 14 לפסק הדין של השופט גרוניס.  
100 ת"צ (מנהליים מר') 8746-11-10 קופלוביץ נ' המועצה המקומית גני תקוה (נבו) 28.4.2011.

101 בר"ם 4676/08 עיריית חולון נ' משטא (נבו) 11.2.2010. עם זאת פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 65, סבורים כי פסק דין זה לא מתיישב עם הפסיקה בעניין דהאן (לעיל ה"ש 97) שבה ניתנה רשות ערעור בקשר להארכת מועד לפי סעיף 9א לחוק. לדעתם של פלינט וויניצקי, אפשר ליישב את הסתירה משום שבעניין דהאן הסכימו הצדדים לדיון לגופו של עניין או מכיוון שביית המשפט רצה להעמיד הלכה על מכונה. לעניות דעתי, בקשת הערעור בעניין דהאן לא נגעה בהארכת המועד אלא בסוגיה אחרת – אם נמסרה ההודעה

על הרשות להוכיח בהמשך, ולא דווקא במהלך תשעים הימים שעומדים לרשותה כדי לחדול מן הגבייה, כי היא חדלה מן הגבייה. פְּשֵׁלָה הרשות ולא הוכיחה כי חדלה מן הגבייה עד המועד הקובע, לא תעמוד לרשותה עוד ההגנה הקבועה בסעיף 9 לחוק. נטל ההוכחה בהקשר זה מוטל על הרשות.<sup>102</sup> אין לסייג את הודעת החדילה, שכן בית המשפט לא יאפשר את חידוש הגבייה מאוחר יותר. לפיכך בית המשפט לא קיבל הודעת חדילה אשר בצידה ניתנה הודעה על הכוונה לחדש את הגבייה בעתיד מכוחו של חוק עזר חדש באותו עניין.<sup>103</sup> הוכחת החדילה נעשית בדרך כלל בתצהיר מוסמך של הרשות. התובע הייצוגי רשאי לחלוק על הודעתה של הרשות, אך בדרך כלל לא יהיה די בהבאת מקרה אחד או שניים, שכן ייתכנו טעויות בהפסקתה של הגבייה.<sup>104</sup> בית המשפט העליון סבר כי מוטב שהרשות תשלח הודעות ביטול לכל התושבים שאליהם נשלחו חיובים, וכן תפנה למשרד הפנים כדי לקבל את הסכמתו למחוק את החובות מספרי העירייה.<sup>105</sup>

אין הרשות רשאית להמשיך לגבות חוב עבר שבגיניו כבר יצאו הודעות חיוב עד המועד שבו ניתנה הודעת החדילה.<sup>106</sup> זאת אף שגישה זו יוצרת אפליה בין תושבים ששילמו לפי הדרישה שנשלחה אליהם, ובין מי שלא שעו להודעת החיוב, ועתה הופטרו מן התשלום מאחר שהרשות הודיעה על חדילת הגבייה. עם זאת תושבים אשר שילמו את התשלום שנגבה מהם שלא כדין עד למועד שבו ניתנה הודעת החדילה, זכאים להגיש תביעה אישית להשבה.<sup>107</sup> רשות הסבורה שגבייה שבה נקטה בעבר כפי הנראה תואמת את הוראות הדין, חייבת לשקול אם לנהל את התביעה. זאת מתוך סיכון להיות מחויבת בהשבה מלאה לתקופה הקבועה בסעיף 21 לחוק או למסור הודעת חדילה. עם זאת יש לזכור כי במתן הודעת חדילה יש משום הודאה, גם אם לא מפורשת, בכך שהגבייה נעשתה שלא כדין.<sup>108</sup> לכן לאחר מתן הודעת חדילה לא תוכל עוד

---

במועד, ועל כן בית המשפט התערב כדי להבהיר מהו המועד שממנו יימנו תשעים הימים שבהם על הרשות לחדול מן הגבייה ולהמציא הודעה לבית המשפט.  
 102 ראו עניין סריגי שלום ומלכה, לעיל ה"ש 89; ראו גם עניין קופלוביץ, לעיל ה"ש 100.  
 103 ת"מ (מנהליים ת"א) 134/07 שקד חצובי נ' עיריית רחובות (נבו 20.12.2007).  
 104 ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 581.  
 105 בר"ם 369/13 מועצה מקומית תל מונד נ' אלאוף (נבו 22.1.2014).  
 106 בין שהחדילה היא בעקבות הודעה וולונטארית של העירייה ובין שמדובר בחדילה סטטוטורית שהכשירה את הגבייה. לעניין זה ראו ת"צ (מחוזי מר') 10192-02-11 מרגלית נ' מועצה מקומית קדימה צורן (נבו 21.3.2012); ראו גם בר"ם 7701/16 עיריית רחובות נ' הרמן (נבו 12.2.2017).  
 107 ת"צ (מנהליים מר') 27755-06-11 אדרי נ' המועצה המקומית שהם (נבו 13.11.2011).  
 108 ע"ע 2978/13 מי הגליל – תאגיד הביוב האזורי בע"מ נ' יונס, פס' נ"ב לפסק הדין של

הרשות לטעון כי התובע לא ממלא את הוראות הדין להגשת התביעה או כי היה ראוי לסלק את התביעה על הסף.<sup>109</sup> עם זאת הרשות תוכל לחזור בה מהודאת חדילה בקרות אחד משני החריגים שהוכרו בפסיקה: חריג אחד הוא חקיקת חקיקה חדשה המכשירה את הגבייה; חריג אחר הוא הלכה חדשה של בית המשפט העליון המכשירה את הגבייה.<sup>110</sup>

נושא נוסף הקשור בחדילה הוא הגמול ושכר הטרחה. גם אם התרצתה הרשות וחדלה מהגבייה הבלתי חוקית, נקבע כי לא יהיה בכך כדי למנוע את תשלום הגמול ושכר הטרחה לעורכי הדין ולתובע המייצג, לפי אותם שיקולים הקבועים בסעיפים 22 ו-23 לחוק.<sup>111</sup> ההיגיון שבקביעה זו ברור: האינטרס הציבורי מצדיק לתמרץ את העוסקים במלאכה להמשיך בפעילותם היזמית כדי למנוע הפרות דין. אם לא ישולם תמריץ למייצגים, אין לצפות כי הם ימשיכו לתור אחר פעילות בלתי חוקית של רשויות ולהביא למיגור הגבייה הבלתי חוקית לטובתו של תושב שאין בכוחו להתמודד עם הרשות החזקה ממנו, לא כל שכן לצפות מן האזרח היחיד לנהל תביעה בבית המשפט על סכום כסף הבטל בשישים. שיקול זה היה מהשיקולים שהכריעו את הכף שעה שבית המשפט העליון קבע כי אין צורך לפנות פנייה מוקדמת לרשות טרם הגשת התביעה. חשש בית המשפט כי במקרה שהרשות תחדל מן הגבייה הבלתי חוקית, לא יהיה ניתן עוד להגיש תביעה ייצוגית, והמייצגים אשר טרחו וחקרו את הסוגיה והכינו את התביעה הייצוגית יוותרו למעשה ללא שכר לעמלם על אף התוצאה הברוכה שהשיגו.<sup>112</sup> באשר לשיקולים לפסיקת שכר טרחה וגמול בעקבות חדילה, מקובל להחיל שלושה מבחנים שהציע פרופ' קלמנט.<sup>113</sup> המבחן הראשון מתייחס לשיקולי התשומה, דהיינו מידת ההשקעה של עורכי הדין ומידת הסיכון שנטלו על עצמם. המבחן השני מתייחס לשיקולי התפוקה, דהיינו התוצאה שהושגה למען חברי הקבוצה. המבחן השלישי מתייחס לשיקולי הכוונה הציבורית והתועלת הציבורית שהביאה עימה התביעה הייצוגית. אשר לשיקולי התשומה, יש הבדל בין תביעה

המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 23.7.2015) (להלן: עע"ם יונס); ראו גם ת"צ (מנהליים

ח"י) 53589-03-18 בוגנים נ' עיריית חיפה (נבו 13.9.2018).

109 ת"צ (מנהליים ח"י) 17852-06-19 עמותת עורכי דין למען משפט, חברה וצדק נ' מועצה מקומית כפר יאסיף (נבו 14.1.2020).

110 בר"ם 6878/17 עיריית ראשון לציון נ' נחום (נבו 6.5.2020).

111 ס' 9 (ג) לחוק.

112 ראו דנ"ם יונס, לעיל ה"ש 8, בפס' 45-45 לפסק הדין של הנשיאה חיות. מובן כי לצד זאת ישנו גם החשש מ"בעיית הנציג", שכן אם הרשות תחדל מגבייה בעקבות הפנייה המוקדמת, ותוטל חובה לשלם גמול ושכר טרחה כחלק מהסדר פשרה או הסתלקות, אזי הסדר זה לא יעבור את מנגנוני הבקרה הקבועים בחוק.

113 קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 34, בעמ' 157-162.

ייצוגית רגילה ובין תביעה המסתיימת בהודעת חדילה, מכיוון שההשקעה בניהול ההליך בבית המשפט נחסכת.<sup>114</sup> ובעניין התועלת לחברי הקבוצה ציין בית המשפט העליון כי יש לבחון את סך התועלת לחברי הקבוצה, דהיינו הן את הסכום שנחסך בעבר, והן את הסכום שלא ייגבה בעתיד. אולם בבואו לבחון את גובה שכר הטרחה בדק בית המשפט את החיסכון בפרק זמן של שנתיים בלבד לפני המועד שבו הוגשה הבקשה לאישור.<sup>115</sup> אשר לתועלת לציבור, יש לבחון את מידת החשיבות של התביעה ואם התביעה תרמה לשינוי עמדתה של הרשות ולהחלטתה לחדול מגביית התשלום. על הגמול ושכר הטרחה לעודד מייצגים עתידיים להעמיד לביקורת שיפוטית כשלים בהתנהלות רשויות המדינה.<sup>116</sup> מטרת התובענה הייצוגית, המוגשת נגד המדינה ומוסדותיה היא להביא להפסקת גבייה בלתי חוקית כדי שישולם מס אמת בלבד. לכן אם מטרה זו הושגה בעקבות הגשתה של התביעה הייצוגית, נראה כי המטרה הציבורית שבבסיס התביעה הייצוגית נגד רשות, הושגה ואין למנוע מהמייצגים את הגמול ואת שכר הטרחה המגיעים להם.<sup>117</sup> אם מוכח קשר סיבתי בין התביעה הייצוגית ובין הפסקת הגבייה הבלתי חוקית, אזי יש להביא עובדה זו בחשבון לזכות המייצגים בעת פסיקת שכר טרחתם.<sup>118</sup> אם הפסקת הגבייה קדמה למועד הגשתה של התביעה, או נעשתה ללא קשר אליה, אזי לא יהיו המייצגים זכאים לגמול ולשכר טרחה.<sup>119</sup> בדרך כלל שיעור שכר הטרחה בעקבות חדילה נקבע<sup>120</sup> אף הוא באחוזים.<sup>121</sup>

<sup>114</sup> ע"ע 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים, פס' 32 לפסק הדין (נבו 27.12.2010). נקבע שיש להביא בחשבון את העובדה שהתובעים הסתמכו על פסיקה אחרת שהביאה לביטולו של מס הבולים. על כן מידת ההשקעה המקצועית אשר היה על התובעים להשקיע הייתה קטנה באופן יחסי והסיכון לא היה רב.

<sup>115</sup> עניין אבוטבול, לעיל ה"ש 6, בפס' 33 לפסק הדין. בית המשפט העליון חישב את הסכום שנחסך בפרק זמן של שנתיים לפני הגשת התביעה הייצוגית וקבע כי שכר טרחה בשיעור של 16%, הוא שכר טרחה סביר בהתחשב בנסיבות העניין. ראו גם ת"צ (מנהליים ת"א) 14-05-14646 פרידמן נ' עיריית בת ים (נבו 24.2.2015): בית המשפט ציין את עניין התועלת העתידית שנחסכה לקבוצה בעקבות הגשתה של התביעה הייצוגית.

<sup>116</sup> עניין אבוטבול, לעיל ה"ש 6, בפס' 35 לפסק הדין.

<sup>117</sup> רע"א 2598/08 בנק יהב לעובדי המדינה בע"מ נ' שפירא, פס' ח' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 23.11.2010).

<sup>118</sup> ע"ע 9237/12 עיריית מודיעין מכבים רעות נ' א.ש ברקאי בע"מ (נבו 18.5.2014); ראו עניין אכדיה, לעיל ה"ש 114, בפס' 26 ו-32 לפסק הדין (ואולם כאשר מוגשות כמה תביעות באותו עניין, פוחתת התועלת של התביעה ויש מקום לשקול את הקטנת הגמול).

<sup>119</sup> ת"צ (מנהליים מר') 12-05-18569 פריזט נ' מי הוד השרון בע"מ (נבו 8.12.2014).

<sup>120</sup> ייתכנו אף מקרים שבהם בית המשפט יפסוק שכר טרחה לפי שיקול דעתו, ולא בשיטת האחוזים, כאשר קשה להעריך את החיסכון לקבוצה בתקופה שהיא לפי ס' 21 לחוק –

זאת על פי הנסיבות בכל תיק ותיק ומתוך התחשבות בכך שמדובר בתשלום מתוך הקופה הציבורית ויש אפוא למתן את הסכומים הנפסקים.<sup>122</sup> לכן במרבית פסקי הדין נקטו בתי המשפט גישה מתונה יותר באשר לשכר הטרחה והגמול בעקבות הודעת חדילה.<sup>123</sup> הדרך המקובלת היא להביא בחשבון את שיעור החיסכון בפרק זמן של שנתיים (ככל שהדבר ניתן לחישוב) ולחשב את שכר טרחה ביחס לתועלת זו, והכול תוך החלת המבחנים המקובלים בנוגע לתשומות שנדרשו, לתפוקה ולתועלת הציבורית וכן תוך התחשבות בנסיבות כל עניין, לרבות אופן התנהגות הצדדים.<sup>124</sup>

שנתיים; ראו ת"צ (מנהליים מר') 8208-01-19 מזרחי נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה (נבו 19.2.2020); ראו גם ע"ע יונס, לעיל ה"ש 108, בפס' נ"ו לפסק הדין של השופט רובינשטיין. בית המשפט העליון קבע כי אין לפסוק סכום המבוסס על תועלת עתידית משוערת, העולה על סכום הגבייה שהתבקשה בהשבה לאחר. כן קבע כי התועלת העתידית המשוערת תהיה מוגבלת עד 24 חודשים, באופן המקביל להוראת ס' 21. אך בית המשפט רשאי אף להתייחס לתקופה קצרה יותר. לאחר מכן בדנ"ס יונס, לעיל ה"ש 8, לא שונתה הקביעה.

ע"א 2046/10 עזבון המנוח שמש נ' רייכרט, פ"ד (2) 681 (2012). בעניין זה, נקבע כי שיעור שכר הטרחה יהיה באחוזים ובאופן מדורג לפי השלב שבו הסתיים התיק. באשר לתיק שנוהל משך 16 שנים נפסק כי יש לשלם שכר טרחה בשיעורים כדלקמן: בעבור גבייה עד סך של חמישה מיליון ש"ח יש לשלם שכר טרחה של 25%. שכר הטרחה שנפסק עבור כל סכום שנגבה בין חמישה מיליון ש"ח לעשרה מיליון ש"ח ועבור כל סכום שנגבה בפועל מעל עשרה מיליון ש"ח, היה 15%.

ראו עניין אבוטבול, לעיל ה"ש 6, בפס' 36 לפסק הדין. ראו גם ע"ע 165/11 עיריית רעננה נ' אקרמן, (נבו 21.2.2013); ראו גם עניין כפתורי, לעיל ה"ש 20, בפס' 12 לפסק הדין; וכן עניין אכדיה, לעיל ה"ש 114, בפס' 32 לפסק הדין.

ראו, לדוגמה, ת"צ (מנהליים ת"א) 8660-02-14 פדלון נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה בת ים (נבו 17.11.2014): נקבע שיעור שכר טרחה של 12.5%, הנמוך מזה שנקבע בעניין אבוטבול, לעיל ה"ש 6. אולם נראה שבית המשפט הושפע מהיעדר פנייה מוקדמת, אשר כיום, בעקבות דנ"ס יונס (לעיל ה"ש 8) אינו רלוונטי עוד; בעניין אקרמן, לעיל ה"ש 122, הפחית בית המשפט העליון את סכום שכר הטרחה ששולם לבא כוח הקבוצה מסך של 250,000 ש"ח לסך של 135,000 ש"ח. מדובר בסכום גבוה יחסית בהתחשב בעובדה שהתועלת הציבורית הועמדה על סך של 700,000 ש"ח לפחות. אולם בית המשפט העליון ציין כי סכום זה מביא בחשבון אף את הוצאות הערעור.

ראו ת"מ (מחוזי חי') 7166-09-12 שורני נ' עיריית נהריה (נבו 8.9.2016): שיעור שכר הטרחה שנקבע הוא 14% (200,000 ש"ח מתוך חיסכון לתקופה של שנתיים בסך 1,400,000 ש"ח); בת"צ (מנהליים ת"א) 61152-06-13 יעקבי נ' עיריית בני ברק (נבו 18.6.2014), בית המשפט קבע ששכר הטרחה הראוי הוא 210,000 ש"ח מתוך סכום חיסכון בעקבות התובענה של 1,709,395 ש"ח, דהיינו כ-12%.

## 3. קיצור תקופת ההשבה

הטבה נוספת שנקבעה לטובת הרשויות נוגעת לפרק הזמן אשר בו אפשר יהיה לחייב את הרשות בהשבה. בסעיף 21 לחוק נקבע:

"אשר בית המשפט תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, לא יחייב את הרשות בהשבה לגבי תקופה העולה על 24 החודשים שקדמו למועד שבו הוגשה הבקשה לאישור; אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותו של כל חבר בקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית לתבוע, בשל אותה עילה, סעד גם לגבי תקופות נוספות."

אין חולק כי מועד תחילת החיוב הוא שנתיים לפני המועד שבו הוגשה הבקשה לאישורה של התביעה הייצוגית. השאלה שהתעוררה התייחסה לפרק הזמן שחלף ממועד הגשת הבקשה ועד מועד אישורה של התובענה הייצוגית, במקרה שבו הרשות ממשיכה לגבות את הסכומים שבגינם הוגשה התביעה הייצוגית. בסעיף 21 לחוק ננקב מועד תחילתו של החיוב, אך לא נקבע עד מתי תימשך תקופת ההשבה. על כן בית המשפט המחוזי החליט כי אם הגבייה נמשכת במהלך כל התקופה, מפרק הזמן של שנתיים לפני הגשת הבקשה ועד מועד אישורה של התביעה הייצוגית, אזי יש להורות על השבה מלאה באשר לאותה תקופה, שבאותו עניין נמשכה כשבע שנים.<sup>125</sup> בית המשפט העליון סבר אחרת. זאת על בסיס האמור בסעיף 10א לחוק שבו נקבע כי אי אפשר לצרף לקבוצה אדם שעילת תביעתו נולדה לאחר הגשתה של התביעה הייצוגית. לפיכך, ועל סמך שורה של פסקי דין שבהם הועלה הנושא אגב אורחא,<sup>126</sup> שבם נקבע כי תקופת ההשבה היא 24 חודשים ממועד הגשתה של הבקשה. לכן קבע בית המשפט כי יש להגביל את ההשבה לפרק הזמן של שנתיים ממועד הגשתה של הבקשה, ולא תובא בחשבון התקופה שלאחר מועד הגשתה של הבקשה לאישור.<sup>127</sup> לאחרונה,

<sup>125</sup> ראו את פסק הדין החלקי בעניין מנירב 1, לעיל ה"ש 72.

<sup>126</sup> ראו, לדוגמה, ע"ע 6993/15 עיריית תל אביב-יפו נ' אספיאדה בע"מ, פס' 40 לפסק הדין (נבו 16.8.2016); בג"ץ שני כהן, לעיל ה"ש 19, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיאה ביניש; עניין אבוטבול, לעיל ה"ש 6, בפס' 21 לפסק הדין; ע"ע יונס, לעיל ה"ש 107, בפס' נ"ו לפסק הדין של השופט רובינשטיין; רע"א 2453/13 עמר נ' עיריית חדרה, פס' 45 לפסק הדין (נבו 14.4.2015); ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שרותי בריאות כללית, פס' 72 לפסק הדין (נבו 20.8.2009).

<sup>127</sup> ראו עניין מנירב 3, לעיל ה"ש 82, בפס' 39-57. כיום תלוי ועומד בנושא זה דיון נוסף אשר טרם הוכרע. עם זאת, ולמרות קיומו של דיון נוסף, הלכה זו אומצה גם בבר"ם 9100/15 עיריית פתח תקווה נ' מרדכי (נבו 28.6.2018).

חזר בית המשפט העליון מעמדה זו וקבע כי לבית המשפט נתונה הסמכות להאריך את תקופת ההשבה אף מעבר ל-24 חודשים. זאת כאשר הרשות ממשיכה בגבייה הבלתי חוקית אף לאחר הגשת הבקשה לבית המשפט.<sup>128</sup> בית המשפט העליון סבר כי ההשבה אשר נקבעה בדין מתחילה בפרק הזמן של 24 חודשים טרם הגשת הבקשה לאישור, אולם מועד סיום ההשבה יכול להתארך אף לתקופה שבה מתנהל התיק בבית המשפט ואף לאחר קבלתה של הבקשה לאישור. כאשר הרשות לא חדלה מהגבייה לאחר הגשת בקשת האישור, אפשר לכלול בקבוצה המיוצגת אף את מי שעילת תביעתו נולדה לאחר מועד הגשת הבקשה.<sup>129</sup> הכרעתו זו של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בענין מנירב אף היא עומדת בפני שינוי שכן לפי התיקונים המוצעים בתוכנית הכלכלית לשנת 2020 הוצע לקבוע כי מקום שבו אושרה התובענה כייצוגית והרשות לא הודיעה כי הפסיקה את הגבייה שבשלה הוגשה הבקשה, תחויב הרשות בהשבה החל במועד אישור התובענה כייצוגית. כפי שנקבע בהחלטת בית המשפט העליון אשר קדמה לדיון הנוסף בענין מנירב, הרשות לא תחויב בהשבה בגין התקופה שבין הגשת בקשת האישור ועד מתן החלטת האישור ואף לא ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית נוספת בגין תקופה זו.

הגנה זו תכליתה לשמור על הקופה הציבורית ולמנוע הכבדת יתר על קופתה של הרשות במקרה שזו תידרש להשיב כספים שגבתה. הפגיעה ברשות צריכה להיות מידתית, וממילא המטרה העיקרית בתביעות הייצוגיות נגד רשות היא להביא להפסקת הגבייה הבלתי חוקית בעתיד.<sup>130</sup> חיוב הרשות בהשבה של כספים שגבתה במשך זמן רב עלול להסב נזק חמור לקופה הציבורית ולתפקודן של הרשויות באופן העולה על התועלת שבהשבה.<sup>131</sup>

יודגש כי על אף צמצום תקופת ההשבה, יכול האזרח להגיש תביעות אישיות נגד הרשות להשבת מלוא הסכומים שנגבו ממנו שלא כדין. בהקשר זה לא תחול המגבלה שבסעיף 21 לחוק. ניהול תביעה אישית בעקבותיה של התביעה הייצוגית יהיה קל יותר מכיוון שנטל ההוכחה שיוטל על התובעים יהיה קל בהרבה, והתובעים יהיו רשאים להסתמך על תוצאות ההליך שהסתיים בתביעה הייצוגית.<sup>132</sup> עם זאת יש לזכור כי מרבית התביעות האישיות הן בעייתיות מכיוון שסכומי הפיצוי ליחיד הם, בדרך כלל, זעומים, ומנגד על התובע לשאת בעלויות

128 עניין מנירב 4, לעיל ה"ש 34.

129 נקבע כי ס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר לצרף לקבוצה גם אדם שעילת ההשבה שלו נולדה רק לאחר הגשת בקשת האישור.

130 ראו עניין סירוגה, לעיל ה"ש 49, בפס' ב' לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

131 ראו עניין מנירב 3, לעיל ה"ש 82, בפס' 50 לפסק הדין.

132 שם, בפס' 53 לפסק הדין.

ולהתמודד עם הסיבוכים הקשורים בניהול הליך משפטי. על כל אלו יש להוסיף את הקושי למצוא עורך דין אשר יסכים לטפל בייצוג תובע יחיד בעל עילה אישית שסך הפיצוי הצפוי בצידה זעום.<sup>133</sup>

#### 4. התחשבות בהכבדה על קופת הרשות הן בשלב הבקשה לאישור והן בשלב פסק הדין

שתי הוראות נוספות בחוק נועדו לשמור על תקציבה של הרשות ועל יכולתה למלא את התפקיד הציבורי המוטל עליה. ההוראות עצמן מחולקות לפי שלבי הטיפול בתובענה. באשר לשלב האישור נקבע בסעיף 8(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות כך:

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

הוראה דומה אשר תכליתה דומה, נקבע בשלב פסק הדין, דהיינו הגנה על יכולתה של הרשות למלא את תפקידה הציבורי. בסעיף 20(1) לחוק נקבע כך:

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

כדי שיעלה בידה של הרשות לבסס את הטענה כי אין לאשר את התביעה נגדה בשל ההכבדה שתיגרם לרשות והנזק הצפוי להיגרם לציבור. על הרשות לעמוד

<sup>133</sup> ראו קלמנט "התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 13, בפרט בעמ' 396-403: בקשר לתביעות בעלות ערך שלילי, Negative Expected Value.



בנטל הראיה ולהראות כי הנזק שייגרם לה חמור לעומת התועלת אשר עשויה לצמוח למבקשים ולקבוצה שייצגו, בעקבות ניהול ההליך. מצופה מן הרשות להציג תחשיב ונתונים מפורטים כדי להוכיח את ההכבדה.<sup>134</sup>

מצופה מהרשות להמציא נתונים של ממש כדי לבסס את הטענה כי הנזק הצפוי מאישור התובענה יהיה כה חמור עד שהרשות לא תוכל למלא את תפקידה. בשל כך לא ראוי שבית המשפט יאשר את התביעה כמות שהיא. כאשר מועילית טענה מסוג זה, על בית המשפט להביא בחשבון כחלק משיקוליו אם לאשר את התובענה, גם את ההכבדה והנזק לרשות.<sup>135</sup>

לעיתים יאשר בית המשפט את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית תוך ציון כי הצדדים יהיו רשאים לטעון בהמשך בעניין הנזק שייגרם לרשות אם תתקבל התביעה.<sup>136</sup>

כפועל תחולתן של הגנות אלו נמוכה. לא נמצאו פסקי דין שבהם לא אושרה התביעה מחמת הנזק הצפוי לרשות. יש להניח כי בשל צמצום תקופת ההשבה והסכומים הנמוכים שאותם גובות בדרך כלל הרשויות מן האזרחים, הצטברותם בתקופה של שנתיים אינה מסתכמת בסכום שהרשויות לא יכולות לעמוד בו. זאת ועוד, יש להניח כי גם אם תתקבל טענת ההכבדה על קופת הרשות, בית המשפט יהיה רשאי לאשר את הבקשה ולצמצם את החיוב, אך הדבר לא יביא לביטול ההליך או לפטור מלא של הרשות מתשלום שווי ההשבה.

החשיבות הציבורית בתביעות נגד המדינה ומוסדותיה צופה פני עתיד. המטרה העיקרית בתביעות אלו היא הפסקת הגבייה הבלתי חוקית והבטחת תשלום מס אמת. עד כה לא נמצאו מקרים שבהם בית המשפט קיבל טענה על בסיס סעיפי הגנת התקציב. אולם לא מן הנמנע כי בית המשפט יורה בעתיד על תיקון בקשה בעת מתן אישור, כדי שלא להכביד על הקופה הציבורית.

## 5. הגנות פרוצדורליות

חוק תובענות ייצוגיות העתיק את הדיון בתביעות ייצוגיות מבתי המשפט האזרחיים לבתי המשפט לענינים מינהליים.<sup>137</sup> הדיון בבתי המשפט לענינים מינהליים חל אך ורק במקרים של תביעות ייצוגיות להשבה על פי פרט 11 לתוספת השניה לחוק, ולא במקרי תביעות ייצוגיות אחרות נגד המדינה.<sup>138</sup>

134 ב"ש"א (מנהליים י-ם) 567/08 כהן נ' המועצה המקומית משרת ציון (נבו) 27.1.2013.

135 ת"א (מחוזי מר') 3679-10-07 גוטמן נ' מנהל מקרקעי ישראל (נבו) 5.3.2012.

136 ת"מ (מנהליים ח') 27265-03-14 זיני נ' עיריית קרית מוצקין (נב), 13.8.2015; כמו כן, ראו ת"צ (מנהליים מר') 62376-03-14 טכני טופ 2004 בע"מ נ' עיריית נס ציונה (נבו) 29.10.2019.

137 ס' 5(ב)2 לחוק תובענות ייצוגיות.

138 ראו עניין אסל, לעיל ה"ש 59, בפס' ל"ד לפסק הדין של השופט רובינשטיין; כמו כן ראו

הכוונה בעת חקיקתו של חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים הייתה להסמיך שופטים מבתי המשפט המחוזיים לדון בעניינים מינהליים, וכן להעביר לטיפול בתי המשפט המינהליים עניינים אשר בעבר נדונו בבית הדין הגבוה לצדק.<sup>139</sup> התובענה המינהלית שונה מהעתירה המינהלית בכך שאין צורך לצרף את כל המעוניינים בסעד, אלא את הטוען לזכאות לפיצוי מאת הרשות. כמו כן התובענה המינהלית לפיצויים מתנהלת על פי סדרי הדין האזרחי.<sup>140</sup> אומנם בתובענה המינהלית אפשר לשמוע ראיות ולדרוש נקיטתם של הליכים מקדמיים. לכן התובענה המינהלית היא בגדר חריג להליך המהיר והיעיל הנוהג בבית המשפט לעניינים מינהליים, אולם הפרשנות הניתנת להליכים אלו בבית המשפט אלו תיעשה על דרך הצמצום.<sup>141</sup>

מטבע הדברים, תובענה המתנהלת בפני פורום של שופט בעל מומחיות בדיון המינהלי, תאפשר העלאת טענות הגנה מן הדין המינהלי כגון שיהוי, בטלות יחסית, מיצוי הליכים וכיוצא באלה.<sup>142</sup> התובענה המינהלית מתאפשרת כיום בענייני מכרזים ובתובענות ייצוגיות. ואכן כפי שנפסק בענייני מכרזים, כך נפסק אף בנושא התובענות הייצוגיות שתנאי להגשת תובענה ייצוגית להשבה בענייני ארנונה יהיה מיצוי הליכי ערר על פי חוק ערר ארנונה.<sup>143</sup>

ייחודו של בית המשפט לעניינים מינהליים בייעילותו, ומטרת צמצום הליכי הביניים, אומנם בעיקר בעתירות מינהליות, להביא להכרעה מהירה, בזמן אמת ככל האפשר, בתובענות נגד הרשות.<sup>144</sup> לא רצוי שהליך נגד הרשות יוגש שנים

---

את דברי חבר הכנסת חן, לעיל ה"ש 87, כאשר התווסף נושא התובענות המינהליות לתביעות המינהליות לפיצויים בדיני מכרזים אשר כבר היו מוסדרות בחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים.

139 מני מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי-משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000" משפט וממשל 1 ו 233, 238-233 (2001); לעניין הסמכת שופטים של בית המשפט המחוזי לדון בעניינים מינהליים, ראו שם, בעמ' 242.

140 תק' 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000.

141 ראו עע"ם 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד, פס' 32 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 6.1.2013).

142 ראו עע"ם 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון, פ"ד נט(6) 241, 248 (2005).

143 ס' 5(3) לחוק מאפשר הגשת תובענות מינהליות בעניינים המנויים בתוספת השלישית לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים. בתוספת השלישית נזכרים הליכי תובענות בענייני מכרזים ובענייני תובענות ייצוגיות בלבד. באשר לחובת מיצוי הליכים בענייני מכרזים, ראו עע"ם 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פס' 17-19 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 9.9.2015); בענייני תובענות ייצוגיות, ראו עניין אספיאדה, לעיל ה"ש 126.

144 ראו מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל", לעיל ה"ש 139, בעמ' 243.

לאחר מעשה ויביא לפגיעה בתקציב הרשות. ההמתנה להכרעה עלולה לעכב את פעילות הרשות ולפגוע באינטרס הציבור. זאת ועוד, המגמה בבתי המשפט לענינים מינהליים היא שלא לערער על החלטת הרשות ושלא להחליף את שיקול דעתה, אלא בעיקר לבחון את חוקיות ההחלטה ואת דרך קבלתה.<sup>145</sup> אולם בכל הקשור לתובענות מינהליות נראה כי הואיל וסדרי הדין בבתי המשפט הם כבבית המשפט האזרחי, עילות ההתערבות בערעור יהיו כמקובל בערעורים אזרחיים. בעבר לא היה אפשר לערער או לבקש רשות לערער על החלטת ביניים בהליך מינהלי שבמסגרתה נדחתה בקשה לאישור תובענה כייצוגית. זאת, משום שמדובר בהחלטת ביניים שלא נמנתה עם ההחלטות המנויות בסעיף 12(ב) לחוק בתי משפט לענינים מינהליים. אולם כיום, בעקבות תיקון משנת 2008, אפשר להגיש בקשת רשות ערעור על החלטה המאשרת בקשה לאישור תובענה מינהלית, וכן על החלטה הדוחה הודעת חדילה של הרשות.<sup>146</sup> התיקון שנעשה בהקשר זה נובע מחשיבותו הרבה של הליך התובענה המינהלית, ובשל השפעתו על ציבור גדול,<sup>147</sup> מתאפשרת הגשת בקשת רשות ערעור אשר תמנע ניהול הליך ארוך נגד הרשות במקרי טעות.

אופן הדיון בבתי המשפט המינהליים הוא, לכאורה, עניין פרוצדורלי בלבד. אולם כפי שהוטעם לעיל, נראה כי סמכות מיוחדת זאת של בתי המשפט לענינים מינהליים השפיעה על מגוון ההגנות אשר אפשר להסתמך עליהן בתובענות מינהליות לפיצויים. אך, בעיקר, הדיון בפני פורום זה הביא להטמעתן של טענות ההגנה, המוכרות בדין המינהלי, בעולם התובענות הייצוגיות נגד רשויות המדינה.

#### ד. עילות הגנה מדינית עשיית עושר ולא במשפט

עד כה נסקרו ההגנות שקבע המחוקק בחוק תובענות ייצוגיות. אולם בכך טרם הושלמה המלאכה, שכן פרט 11 לתוספת השניה לחוק עניינו השבת כספים שגבתה הרשות. ההשבה היא סעד שמקורו בדיני עשיית עושר ולא במשפט. על פי חוק עשיית עושר מי שקיבל שלא לפי זכות שבדין, נכס, שירות או טובת הנאה אחרת חייב להשיב למזכה את הזכייה. אם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה.<sup>148</sup> זה העיקרון הכללי, ואולם חוק עשיית

145 שם, בעמ' 244.

146 בתיקון חוק בתי המשפט לענינים מינהליים בשנת 2008, התוסף ס' 12(13), המאפשר להגיש בקשת רשות ערעור בענינים אלו. ראו חוק בתי המשפט לענינים מינהליים (תיקון מס' 37), התשס"ח-2008, ס"ח 670.

147 ראו ערן טאסויג הערעור האזרחי פרק עשרים ואחד: הערעור בתובענות ייצוגיות, 674 (מהדורה שלישית חמי בן נון וטל חבקין עורכים 2012).

148 ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר).

עושר מסייג את זכות ההשבה ומאפשר לפטור את הזוכה מחובת ההשבה במקרים שבהם הזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או כאשר ההשבה אינה צודקת בנסיבות העניין.<sup>149</sup> הוראות הפטור מהשבה על פי חוק עשיית עושר חלות אף על תביעות השבה כלפי רשויות על פי פרט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות.<sup>150</sup>

הפטור מהשבה עלה לא פעם לדיון כאשר הרשות גבתה מס בחוסר סמכות,<sup>151</sup> או מתוך טעות שבדין. טעות יכולה להיות של המשלם או אף טעות משותפת.<sup>152</sup> באותם מקרים התקבל התשלום על ידי הרשות, ומשום כך קמה חובת השבה. אין הפסיקה העדכנית מבחינה בין מקרים שבהם פעלה הרשות בתום לב ובין מקרים שבהם היא פעלה בחוסר סמכות או מתוך טעות בתום לב. אין נפקא מינה אם נכפה על המשלם לשאת בתשלום, אם אולץ לעשות כן או אם התשלום נעשה מתוך טעות שבדין של המשלם שסבר בטעות כי עליו לשאת בתשלום. בכל אחד מהמקרים האמורים זכאי המשלם להשבה.<sup>153</sup>

מצב הדברים שונה כאשר בין המשלם ובין הרשות הושג הסכם פשרה. במקרה כזה תיתכן טענת הגנה לרשות, שכן התושב מוכן לוותר כדי שלא לשוב ולדון בעניין בעתיד.<sup>154</sup> ייתכן שאפשר להרחיב הלכה זו ולהחילה אף על מצבים שבהם אין ודאות משפטית בעת ביצוע התשלום. אזי המשלם מוותר ומשלם כדי שלא להעמיד את הדין למבחן בעתיד. על כן, בנסיבות אלו, שבהן הייתה אי-בהירות בעת ביצוע התשלום, יכולה להיות לרשות טענת הגנה. הגנה זו

149 ס' 2 לחוק עשיית עושר; ראו גם מנחם מזוז "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת" – סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 "משפטים" י' 487, 501 (התש"ם).

150 בש"א (מנהליים ת"א) 30858/06 פלדמן נ' איגוד ערים (אזור דן) (ביוב), פס' 47 (נבו 30.8.2009); עע"ם 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ, פס' 46 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 28.12.2014).

151 ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס(4) 545 (2006).

152 ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שרותי בריאות כללית, פס' 33-34 לפסק הדין של השופט נאור (נבו 20.8.2009) (להלן: עניין שירותי בריאות כללית); (עניין זה צוין אף בדנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 18, בפס' 6).

153 עניין שירותי בריאות כללית, שם, בפס' 35; ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 37 לפסק הדין.

154 רע"א 2911/95 אברהם נ' עיריית רמת גן, פ"ד נג(1) 218, פס' 17(ג) לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן (1999); עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 39 לפסק הדין; ראו גם דינאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 959-1377 (מהדורה שלישית 2015) (להלן: ספר פרידמן ובר-אור).

צומצמה בעניין שירותי בריאות כללית אך ורק למקרים שבהם הדין שונה בעקבות הלכה חדשה אשר שינתה הלכה קודמת אשר שררה בעבר.<sup>155</sup> לאחר שנקבעה חובת ההשבה יש לבחון אם ישנם טעמים לתת לרשות פטור ממנה או נסיבות המצדיקות את הקטנת היקף ההשבה. דיון בסוגיות אלו מתקיים רק לאחר שנמצא כי קיימת עילת השבה, ובדומה לטענת הודאה והדחה, לאחר שהוכיח המשלם כי הוא זכאי להשבה עובר הנטל לצד החייב כדי לנסות לבסס את אחת ההגנות המצדיקות את מתן הפטור מחובת ההשבה.

השיקולים לשחרור הרשות מחובת ההשבה הם שיקולים רחבים של צדק.<sup>156</sup> עם זאת יש לציין כי לבית המשפט נתונה גמישות בהפעלת שיקול הדעת. על כן, כאשר לפי נסיבות העניין יש חוסר צדק בכפיית השבה מלאה, לדוגמה מכיוון שהרשות סיפקה תמורה המלאה לסכום שגבתה, ייתכן שבית המשפט ישקול לפטור אותה מחובת ההשבה או לצמצם את היקפה של ההשבה.<sup>157</sup>

הפטור ניתן כאשר הזכייה "לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה", או כאשר ישנן "נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת". זוהי "הגנת מסגרת" וניתן ליצוק לה עילות שונות.<sup>158</sup> אין רשימה סגורה של עילות אשר יקנו את הפטור מהשבה אלא עקרונות כלליים בלבד, וההתקדמות נעשית ממקרה למקרה.<sup>159</sup> למעשה פתוחה לפני הרשות האפשרות להוכיח בכל מקרה ומקרה התקיימות של טעמים לפטור אותה מהחייב, וזאת משיקולי צדק כגון התנהגות בתום לב,

155 ראו עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 152, בפס' 37 לפסק הדין; פרידמן ובר-אור, שם, בעמ' 1028: המחברים טוענים כי לא כל שינוי בדין פוטר מהשבה, ואם למשל נקבע כי החוק שעל פיו פעלה הרשות היה "בלתי חוקתי" או כי "היקפת משנה שבית המשפט קבע שהיא בטלה או חסרת תוקף", אזי השינוי בדין מטעמים אלו אינו פוטר מהשבה.

156 ע"א 5262/08 מילגד בע"מ נ' מועצה אזורית מטה אשר, פס' י"ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 29.7.2010) (להלן: עניין מילגד); ראו גם עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 27, 49 לפסק הדין; ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, פס' 26-27 (להלן: עניין שמש);

157 ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד סג(2) 1, 42 (2009); ראו גם ע"א 701/87 ביהם נ' בן יוסף, פ"ד מד(1) 1, 17 (1989).

158 ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 45 לפסק הדין; ראו גם ע"א 9631/05 ארד נ' מדינת ישראל, פס' 56 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 16.12.2010).

159 עניין שמש, לעיל ה"ש 156, בפס' 27 לפסק הדין: "כל ניסיון להגדיר מראש את כל העקרונות להפעלתו של סעיף 2 יהא, לכן, לא רק קשה ויומרני, אלא אף בלתי רצוי ומנוגד למדיניותו המותווית של המחוקק. הדרך הנאותה ליצירתן של נורמות בדרך החקיקה השיפוטית היא בהתקדמות ממקרה קונקרטי אחד למשנהו, ולא בגיבושן מראש של מסגרות נוקשות. דרך זו, שיתרונותיה גדולים ומרובים מחסרונותיה"; ראו עוד שם, בפס' 30 לפסק הדין. ראו גם דנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 18, בפס' 45 לפסק הדין.

שיהוי, הסתמכות על הגבייה וכיוצא באלה.<sup>160</sup> דומה כי לא פעם שלובות הגנות אלו זו בזו. לדוגמה, ככל שחולף הזמן ודרישת החזר משתנה, כך גובר הצורך להגן על תקציב הרשות אשר בינתיים השתמשה בכספים שגבתה לפעולות כלשהן. כך ככל שהתנהגות הרשות מקוממת יותר, או חוסר החוקיות חמור יותר, תקטן הנטייה להגן על תקציבה או לפטור אותה מחובת ההשבה.<sup>161</sup> זאת ועוד, לעיתים סבור בית המשפט כי העוול שייגרם לנתבע אם תבוצע ההשבה חמור מהתועלת לתובע, ובשל כך יורה על מתן פטור מלא או חלקי.<sup>162</sup> אסקור בקצרה את הטענות ששכבר הועלו בפסיקה ובספרות הרלוונטית בהקשר לדיני עשיית עושר ולא במשפט ואשר יש בהם כדי להשפיע על תביעות ההשבה כנגד רשויות.

### 1. תום לב והתנהגות הצדדים

אפשר לומר כי להתנהגות הצדדים השפעה שולית על שאלת עצם החיוב בהשבה, ואילו בכל הקשור למתן פטור מהשבה להתנהגות הצדדים השפעה מכריעה על שיקולי הצדק והיחוס.

אם יימצאו זדון או חוסר תום לב בהתנהגות הרשות, יקשה על הרשות לטעון כי היא זכאית לפטור מהשבה על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>163</sup> מנגד ישנן נסיבות שבהן דווקא המשלם נוהג בחוסר תום לב שעה שהוא ממלא פיו מים בעת ביצוע התשלום ונהנה בדיעבד מפירות שתיקתו.<sup>164</sup>

כמו כן ייתכנו מקרים שבהם לניסיונו הקודם של מתמודד במכרזים קודמים ולשאלה אם זכה ליעוץ משפטי תהיה השפעה על השאלה אם יש להורות על מתן פטור מלא או חלקי מהשבה בנסיבות העניין.<sup>165</sup> בעניין עמר שנים רבות נהגה הרשות לעגל את שטחי הדירות לצורכי חישוב ארנונה. בית המשפט העליון מצא

<sup>160</sup> ראו דנ"א שירותי בריאות כללית, שם, בפס' 50 לפסק הדין של הנשיא גרוניס.

<sup>161</sup> שם, בפס' 44 לפסק הדין של הנשיא גרוניס; כן ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 150, בפס' 55, 60 לפסק הדין.

<sup>162</sup> ראו עניין ארד, לעיל ה"ש 158, בפס' 56 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

<sup>163</sup> ראו ע"א 4708/14 י.ח. דמרי בניה ופיתוח בע"מ נ' המועצה המקומית גן יבנה, פס' 25 לפסק הדין (נבו 24.8.2015) (להלן: עניין דמרי); פרידמן ובר-אור, לעיל ה"ש 153, בעמ' 1395-1396.

<sup>164</sup> עניין דמרי, שם, בפס' 40 לפסק הדין. בית המשפט העליון הפך את החלטת בית המשפט המחוזי אשר הורה על מתן פטור מלא לרשות מהשבה. בית המשפט העליון העמיד את שיעור ההשבה על 50% בשל "מאזן הצדק". מצד אחד, שיהוי בהגשת התביעה והשתתפות במכרזים קודמים של המערערות. ומצד אחר, הצורך בהקפדה על חוקיות מעשי המנהל.

<sup>165</sup> שם, בפס' 37 לפסק הדין; ראו דנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 18, בפס' 50 לפסק הדין; כמו כן, ראו עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 157, בפס' 71-77 לפסק הדין.

כי שיטת העיגול לא חוקית. אך משום שהתרשם כי פעולת העירייה נעשתה בתום לב פסק כי אין מקום להחיל את ההלכה לאחור אלא יש לקבוע שההלכה תחול ממועד עתידי ואילך, וכן שלא ישולמו פיצויים לחברי הקבוצה.<sup>166</sup> שינוי נסיבות לאחר קבלת התשלום גם הוא יכול לשמש עילה למתן פטור מהשבה, אם לא נבע מהתנהגות שלא בתום לב. למשל, שימוש בכספים שהתקבלו בטעות באופן שאינם עוד בחזקתו של המקבל.<sup>167</sup> בהקשר של תביעה נגד רשות שינוי הנסיבות לובש צורה אחרת של חשש לפגיעה בתקציבה של הרשות.<sup>168</sup> העובדה כי הגבייה נעשתה בתום לב על ידי רשות יכולה אף להוביל לתוצאה יחסית ולמנוע השבה מלאה של הסכומים שנגבו.<sup>169</sup> ככל שחולף הזמן מאז הגבייה, כך רשאית הרשות להסתמך יותר על הכספים ולכלול אותם בתקציבה. לתום ליבה של הרשות השפעה גם על סוגיית השיהוי, שכן אם פעולת הרשות נעשתה בתום לב, יאוזן שיקול זה כנגד השיהוי שבהגשת העתירה והנזק שנגרם לצדדים שלישיים ולא ינטרס הציבורי.

## 2. שיהוי והסתמכות

יש הבדל ברור בין התיישנות לבין שיהוי. להתיישנות כללים נוקשים ומועדים קצובים, ואילו השיהוי הוא הסדר פתוח וגמיש שאפשר ליצוק לו תכנים בהתחשב בנסיבות העניין.<sup>170</sup> השיהוי יכול להביא לחסימתם של הליכים משפטיים בתוך תקופת ההתיישנות. זאת ועוד, השיהוי בדין המינהלי קצר מהשיהוי בדין האזרחי. הסיבה לכך היא שפעילות הרשויות חולשת על תחומים רחבים, וכל עוד הרשות חשופה להליך משפטי אשר יכול לבטל את פעילותה, הרשות עלולה לחשוש מלהשקיע משאבים רבים כדי להוציא לפועל את החלטותיה, שמא התערבות שיפוטית תוריד את ההשקעה לטמיון.<sup>171</sup> בחינתו של השיהוי היא דו-שלבית ומחולקת לשלושה מבחני משנה. המבחן הראשון הוא השיהוי הסובייקטיבי המתייחס להתנהגותו של העותר: האם העותר "ישן על זכויותיו" או התרשל בכך שלא הגיש את העתירה מיד אחרי

166 ראו עניין עמר, לעיל ה"ש 126, בפס' 43 לפסק הדין.

167 ע"א 827/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1) 153 (1977); וראו גם ע"א 2702/92 גינזבורג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540, פס' 8 ו-12 (1993): פסקאות אלו מבהירות כי הגנת שינוי נסיבות תחול אך ורק בעת קיומן של נסיבות יוצאות דופן.

168 ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 50 לפסק הדין.

169 ראו ע"א 580/17 מדינת ישראל – משטרת ישראל נ' המועצה המקומית בית דגן (נבו) 31.5.2018). בית המשפט העליון שם העמיד את היקף ההשבה ל-55% בלבד.

170 ע"א 3602/97 נציבות מס הכנסה ומס רכוש – משרד האוצר מדינת ישראל נ' שחר, פ"ד נו(2) 297, 325 (2001).

171 ראו עניין אי.בי.סי, לעיל ה"ש 150, בפס' 22 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

שנודע לו על ההחלטה נושא התקיפה?<sup>172</sup> המבחן השני הוא השיהוי האובייקטיבי, ובגדרו בוחנים את הנזק שנגרם בעקבות הפנייה המאוחרת לערכאות. מקובל לבחון את הנזקים הישירים לציבור או לצדדים שלישיים שהסתמכו על ההחלטה. כן נבדקים גם נזקים עקיפים היוצרים קשיים ראייתיים או מכבידים בדרך אחרת על קבלת ההחלטה, ואף ייתכן שמסבים לנזק לאינטרס הציבורי.<sup>173</sup> שקילת מבחנים אלו הביאה את בית המשפט העליון לקבוע כי במקרה שבו פגם בארנונה שורשר שנים ארוכות, יש בו משום פגיעה נמוכה יחסית באינטרס הציבור, ובשל כך עולה משקלו של השיהוי ומצדיק את דחייתה של העתירה.<sup>174</sup>

הסתמכותו של המקבל ושינוי מצבו לרעה אף הם יכולים למנוע את חובת ההשבה.<sup>175</sup> אולם אין השיהוי לבדו משום עילה אשר יש בה כדי למנוע את ההשבה.<sup>176</sup> הנטל להוכיח כי המקבל הסתמך על קבלת התשלום ושינה את מצבו לרעה חל על המקבל, אולם מי שהוציא מחברו את הכספים במעשה עוולה שנעשה בידועין, לא יוכל להסתמך על טענה זו.<sup>177</sup> מכל מקום טענת ההסתמכות לא תוכל לשמש את הרשות כטענת הגנה מפני תביעת השבה. רק במקרים חריגים תוכל הרשות לטעון להפחתת סכום ההשבה מכיון שהסכומים שנגבו שימשו אותה בהוצאותיה הציבוריות.<sup>178</sup>

המבחן השלישי קשור לאינטרס ההגנה על שלטון החוק. מבחן זה בודק את האינטרס הציבורי ומאזנו כנגד שיקולים כגון שיקולי צדק, הגינות ומידתיות.<sup>179</sup> כאשר מובאים בחשבון שיקולי הצדק וההגינות בית המשפט בוחן את התנהגות

172 שם, בפס' 24 לפסק הדין של השופט פוגלמן; ראו גם בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח-תקווה, פ"ד מח(5) 630, פס' 4 לפסק הדין של השופט זמיר (1994) (להלן: עניין נחום).

173 עניין אי.בי.סי, שם, בפס' 25 לפסק הדין של השופט פוגלמן; עניין נחום, שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט זמיר.

174 ראו עניין אי.בי.סי, שם, בפס' 44-45 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

175 דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב 1377-1378 (מהדורה שלישית 2017) (להלן: פרידמן ובר-אור 2); ע"א 780/70 עיריית תל אביב יפו נ' ספיר, פ"ד כה(2) 498, 486 (1971).

176 ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 150, בפס' 68 לפסק הדין.

177 ראו פרידמן ובר-אור 2, לעיל ה"ש 175, בעמ' 1388.

178 שם, בעמ' 1389; ראו גם עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 152, בפס' 37 לפסק הדין של השופטת נאור.

179 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 81 (2002); בג"ץ 940/04 אבו טיר נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, פ"ד נט(2) 320, 336 (2004); ראו גם ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע, פס' 96-97 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 7.12.2006).



הרשות ואת תום ליבה, ואת משך הפגיעה בשלטון החוק, ומאזנם מול השיהוי ותוצאותיו.<sup>180</sup>

עם זאת כאשר התובע משתהה בהגשת תביעתו, אור־אז ייתכן שאפשר יהיה להתנגד להשבה בטענה כי בפרק הזמן הרב שחלף שינתה הרשות את מצבה לרעה תוך הסתמכות על הכספים שגבתה לקופתה. אומנם ניתן להגיש תביעת השבה בתוך תקופת ההתיישנות, אולם אחד השיקולים אם להעניק את סעד ההשבה יכול להיות השיהוי בהגשת התביעה.<sup>181</sup> לממד הזמן חשיבות רבה בתביעות השבה נגד רשויות. מכיוון שהרשות מתכננת את פעולותיה על סמך תקציבים שנקבעים מראש – הגשת תביעות בשיהוי ללא הצדקה יכולה לשלול את סעד ההשבה.<sup>182</sup> אם תביעת ההשבה מוגשת בשיהוי ניכר, ישנה חזקה לטובתה של הרשות כי היא הסתמכה בחישוב הוצאותיה על כך שלא תוגש נגדה תביעה. מטעם זה יש מקום לפטור אותה מן ההשבה פטור מלא או חלקי.<sup>183</sup>

### 3. טענת הגנת התקציב

כאשר הרשות צריכה להשיב כספים לתושבים רבים, עלול להיגרם לה חסר תקציבי אשר יביא לפגיעה בפעילותה של הרשות ובאינטרס הציבורי. כאשר הרשות נדרשת להשיב כספים שגבתה, לאחר שחלפה שנת הכספים, ההחזר ייעשה מתוך תקציב השנים הבאות. ככל שסכום ההשבה גדול יותר, כך יקשה על הרשות לספק לתושבים את השירותים הראויים, אלא אם היא תוכל, במסגרת החוק, להגדיל את שיעורי הארנונה בשנים הבאות.<sup>184</sup> בסופו של דבר השבת סכומים ניכרים תעיק על קופתה של הרשות ותסב לה, כמו גם לתושבים, נזקים ופגיעה באינטרס הציבורי. מסיבה זו, בעת מתן הוראה להשבת סכומים ניכרים, יש לשקול היטב את ההשפעה על קופתה של הרשות.

180 ראו בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית-גת, פ"ד מב(1) 678, פס' 5-7 לפסק הדין של השופטת נתניהו, פס' 3 לפסק הדין של השופט ברק (1988).

181 רע"א 6590/05 עיריית אשדוד נ' צרפתי, פס' 4 לפסק הדין של השופט גרוניס (נבו) 18.9.2005.

182 ראו עניין שחר, לעיל ה"ש 170, בעמ' 328-329; כן ראו ע"א 415/59 דוידוב נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד טז 648, 655 (1962).

183 בעניין מילגד, לעיל ה"ש 156, לאחר 17 שנים הוגשה תביעת השבה נגד הרשות. בת"א (מחוזי חי') 813/04 מילגד בע"מ נ' מועצה אזורית מטה אשר (נבו) 28.4.2008, בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות אלו יש להורות על מתן פטור מלא מהשבה. ואילו בבית המשפט העליון, דעת המיעוט של השופט רובינשטיין הייתה כי יש להשיב אך ורק 20% מסכום ההשבה. שופטי הרוב סברו כי יש להמתין להכרעה בדנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 18, ולבסוף נדחה הערעור והחלטת בית המשפט המחוזי נותרה על כנה.

184 ראו עניין אסולין, לעיל ה"ש 180, בעמ' 683-684.

טענת הגנת התקציב היא, אפוא, אחת הטענות שאפשר להעלותן לתמיכה בבקשת הפטור מהשבה. טענה זו דומה לטענה המועלית מכוח סעיפים 8(ב) ו-20(ד) (1) לחוק תובענות ייצוגיות. אולם אפשר לומר כי כאשר הטענה יונקת את נימוקיה מדיני עשיית עושר, היקפה מצומצם בהרבה. על הרשות להוכיח כי ההשבה תפגע קשות בתקציב הרשות, ולפיכך גם בפעילותה התקינה של העירייה ובאינטרס הציבורי.<sup>185</sup> רמת ההוכחה הנדרשת גבוהה, ועל הרשות להתכבד ולפרט את הנטל הכספי אשר ההשבה תטיל עליה "בעובדות ובמספרים", ואת הנוקים הצפויים לפעולת הרשות. כמו כן יש לפרט מדוע אין חלופות אחרות שיאפשרו לרשות לקיים את ההשבה בלי לפגוע בפעילותה.<sup>186</sup> שיקול נוסף שיש לבחון הוא הנוק שייגרם מן ההשבה לעומת הנוק שייגרם אם בית המשפט לא יורה על השבה.<sup>187</sup> טענת הגנת התקציב לא בהכרח מחייבת את ביטול חיובה של הרשות להשיב את מלוא סכומים שגבתה, אלא שיש מקום לשיקול במקרים הראויים תוצאה יחסית המביאה להשבה חלקית,<sup>188</sup> או קביעה כי התוצאה תחול מיום מתן ההחלטה ואילך, אולם לא תחול על תביעות העבר.<sup>189</sup>

- 185 עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 157, בפס' 76 לפסק הדין.
- 186 עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 152, בפס' 47 ו-50 לפסק הדין. כן ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 152, בפס' 60-61 לפסק הדין; עניין בית הרכב, לעיל ה"ש 157, בפס' 76 לפסק הדין; ראו גם ע"א 2306/04 תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' מועצה מקומית קרית טבעון (נבו) 7.11.2007.
- 187 ראו ע"א 3760/03 עמרן נ' הנאמן על נכסי אייפרמן, פ"ד נט(5) 735, 752-753 (2005); ראו גם עניין ארד, לעיל ה"ש 158, בפס' 61 לפסק הדין.
- 188 ראו דנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 18, בפס' 54 ו-58ג' לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס ובפס' י"ב לפסק הדין של השופט רובינשטיין.
- 189 לתוצאה יחסית הצופה פני עתיד בלבד כדי להגן על תקציבה של הרשות, ראו שם, בפס' 54 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס, ולהפניה שם לדנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, פס' 65-68 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה, פס' 8-10 לפסק הדין של השופטת ארבל ובפס' ט' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 14.7.2011). יודגש כי בשל חילוקי הדעות בין השופטים, התוצאה בעניין איקאפוד הנ"ל הייתה שיש להחיל את ההלכה החדשה שנקבעה, רטרופסקטיבית עד למועד שבו ניתן פסק דין קודם בסוגיה שנדונה שם, שכן מאותו מועד לא היה סביר שהרשות תסתמך על עמדתה הקודמת בתום לב. נוסף על כך, ראו עניין איקאפוד, פס' 5-6 לפסק הדין של השופטת חיות שהפכה לדעת הרוב בהסכמת השופטים נאור, רובינשטיין וג'ובראן; ראו גם עע"ם 7904/16 עיריית תל אביב יפו נ' חרחס (נבו), 1.11.2018), שם נקבע כי תיקון לצו הארנונה יהיה בעל תחולה עתידית וייעשה לאחר מתן פסק הדין, החל ממועד פרסומו של צו הארנונה הבא. ראו גם עניין עמר, לעיל ה"ש 126, שבו נקבע כי שינוי חקיקה בקשר לעיגול שטחים לצורך חישובי ארנונה יחול באופן פרוספקטיבי בלבד.

אפשר להעלות אף טענות באשר לתביעות פוטנציאליות נוספות. אך גם בהקשר זה מצופה מהרשות להמציא פירוט של ההליכים והשלב שבו הם מצויים. טיעון כללי לא יספק. אף בהקשר זה של צירוף תביעות פוטנציאליות, רמת ההוכחה גבוהה ויש להתכבד ולהיכנס לעובדות ולמספרים.<sup>190</sup>

בעניין שירותי בריאות כללית הפנה בית המשפט העליון למאמרם של חמדני וקלמנט,<sup>191</sup> שבו הציעו המחברים לאחד את התביעות נגד הרשות במסגרת הגנה ייצוגית. אם הדבר ייעשה, יובאו כל התביעות הפוטנציאליות לדין מאוחד ואפשר יהיה להביאן בחשבון. לעומת זאת ישנה גישה מקילה יותר שעל פיה כאשר קשה לערוך אומדן על בסיס מצבים פוטנציאליים העשויים להביא לדרישות השבה, ייתכן שלא תידרש רמת ההוכחה הגבוהה של "עובדות ומספרים" ודי יהיה בעריכת אומדן כללי על בסיס הערכות סבירות.<sup>192</sup>

בעניין רשות העתיקות טענה התובעת כי נשאה בתשלום כולל של 567,003 ש"ח. הרשות ציינה כי מלבד תביעת התובעת היא צופה תביעות פוטנציאליות רבות. על פי טענת רשות העתיקות היקף התביעות הפוטנציאליות הסתכם בסך כ-234 מיליון ש"ח. מדובר בסכום העולה פי שישה מתקציבה של הרשות לשנה אחת, הגם שיתכן שחלק מהתביעות כבר התיישן. שטף תביעות כזה היה יכול להביא לקריסתה של הרשות. בנסיבות אלו מצא לנכון בית המשפט העליון להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי כדי לברר עובדתית, בין היתר, אף את טענת התביעות הפוטנציאליות שיש להביא בחשבון.<sup>193</sup>

#### 4. בטלות יחסית

עם שיקולי היקפה של ההשבה נמנים אף שיקולים מן המשפט הציבורי, כגון בטלות יחסית, אשר יש בהם כדי לרכך את דרישת ההשבה.<sup>194</sup> בעבר פגמים חמורים במעשה המינהלי, ובייחוד חריגה מסמכות, היו מביאים לביטול ההחלטה.<sup>195</sup> אולם במרוצת הזמן התפתחה תורת הבטלות היחסית שאינה

190 עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 152, בפס 51-53 לפסק הדין.

191 שם, בפס' 53 לפסק הדין; ראו גם חמדני וקלמנט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 446-449.

192 ראו דברי השופטת פרוקצ'יה בעניין ארד, לעיל ה"ש 158, בפס' 67: "אולם במקום שקשה לבנות אומדן על בסיס מצבים פוטנציאליים העשויים להוליד דרישות השבה, ניתן להסתפק בהערכה כללית המתבססת על מציאות החיים"; ראו גם עניין עמר, לעיל ה"ש 127, בפס' 45 לפסק הדין.

193 ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 69 ו-73-74 לפסק הדין.

194 שם, בפס' 46 לפסק הדין; ראו עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 152, בפס' 44 ו-47 לפסק הדין.

195 לדוגמה, ראו ע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פ"ד כד (2), 577, 583-584 (1970).

מחייבת עוד את ביטולו של המעשה המינהלי הפגום ויש בה להתאים את הסנקציה שתוטל לאופי הפגם.

דוקטרינת הבטלות היחסית מכונה לעיתים "תוצאה יחסית" משום שהיא עוסקת בתוצאתו של הפגם שהתגלה במעשה המינהלי. נקודת המוצא היא שהרשות לא פעלה כדין, אולם היא מאפשרת גמישות בתוצאה שאליה יגיע בית המשפט, והיא לא מחייבת ביטול מלא מכול וכול של תוצאות התנהגות הנפסדת של הרשות. התוצאה יכולה להיות תלויה בנסיבות המקרה כגון שיהוי מצידו של התובע, שינוי מצב לרעה של הרשות וכן "הגנה תקציבית" לרשות.<sup>196</sup> כמו כן יובאו בחשבון הנזק שנגרם מן המעשה המינהלי והנזק שעלול להיגרם בשל ביטולו.<sup>197</sup>

המשמעות היא שבתי המשפט יבחנו קשת שיקולים רחבה יותר ובהם בחינה של עוצמת הפגיעה בשלטון החוק, התנהגות הצדדים ובמיוחד התנהגות הרשות.<sup>198</sup> ככל שהתנהגות הרשות מקוממת יותר, כך יפחת הסיכוי להצלחת טענת הגנת התקציב.<sup>199</sup> השיקולים שיכולים להביא לבטלות יחסית הם חלק בלתי נפרד מהדיון בהחלת הפטור הקבוע בחוק עשיית עושר והם חוסים תחת המטרייה של "נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".<sup>200</sup>

בעניין רשות העתיקות ציין השופט חשין כי, באמצעות השימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית אפשר להגיע לתוצאה יחסית אשר לא תביא לביטול המעשה המינהלי מכול וכול.<sup>201</sup> לפיכך יש לאזן בין חומרת מעשה הרשות ובין הצורך להגן על הרשות. זאת מכיוון שדרישה להשיב כספים שלא הובאה בחשבון בעת תכנון התקציב, עלולה לפגוע קשות ביכולתה של הרשות להעניק לתושבים את

196 ראו דנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 18, בפס' 51 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס.

197 בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 305-307 (1994); בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289, 308-309 (2004).

198 ראו עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 152, בפס' 54 לפסק הדין.

199 שם, בפס' 54-55 לפסק הדין; וכן עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 60 לפסק הדין.

200 ראו דנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 18, בפס' 53 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס.

201 בעניין אי התכלת, לעיל ה"ש 179, בפס' 105-108 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה, הוביל השימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית לתוצאה שדיירים שרכשו דירות עד מועד מסוים, היו רשאים להשתמש בדירותיהם לצורכי מגורים (שלא בהתאם לתב"ע), ורוכשי דירות מתאריך מאוחר יותר לא היו רשאים עוד להשתמש בדירותיהם למגורים.

השירותים שהיא מחוייבת לספק להם. לכן בניסיון למצוא את דרגת הפטור הראויה מהשבה, יש להתאים את הסנקציה למעשה הפסול.<sup>202</sup> שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית בתביעות השבה יכול להביא לידי כך שבית המשפט לא יורה על השבה של כסף שהרשות גבתה שלא כדין בעבר, אם העירייה לא פעלה בחוסר תום לב. למשל, או אם הפגם דבק בין היתר בהתנהגות משרד הפנים.<sup>203</sup>

## 5. ניכוי הוצאות

סוגיה נוספת שיש לבחון טרם מתן הוראת השבה היא שאלת זכאותה של הרשות לנכות את הוצאותיה מן הסכום אשר יהיה עליה להשיב. זאת על פי סעיף 3 לחוק עשיית עושר,<sup>204</sup> אשר בו נקבע כי "הזוכה רשאי לנכות ממה שעליו להשיב את מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכייה". לשם ביסוס טענה זו על הרשות להניח תשתית עובדתית מוצקה, ועליה להוכיח מה היו הוצאותיה.<sup>205</sup> כדי לנכות את הוצאותיו מסכומי ההשבה, על הזוכה לפרט ולהוכיח את הוצאותיו, ולהראות כי מה שהוציא היה דרוש, באופן סביר, להשגת הזכייה.<sup>206</sup> פרידמן ובר-אור מסבירים כי ההוצאות שבהן מדובר הן הוצאות אשר היו נדרשות כדי לקבל את הזכייה, ולא הוצאות אישיות של הזוכה.<sup>207</sup> אם הרשות גבתה סכומי כסף אשר היה עליה להעביר לתאגיד המספק שירותי מים לתושבים, היא רשאית לנכות את הוצאות הגבייה הסבירות אשר נדרשו לשם הגבייה. אולם אין לנכות הוצאות אשר לא היה להן קשר סיבתי ברור לביצוע הגבייה.<sup>208</sup>

202 ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 57 לפסק הדין.

203 ראו בג"ץ 7186/06 מלינובסקי נ' עיריית חולון (נבו) 29.12.2009. בית המשפט הורה על ביטול ההיתר לגביית היטל שמירה אשר נגבה שלא כדין, אולם קבע כי הביטול יחול שנה לאחר מתן פסק הדין וכי לא תיעשה השבה.

204 ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221, פס' 15 לפסק הדין של השופט לוין (1988); רע"א 8304/99 צ'רקוב נ' חברת השמירה בע"מ, פ"ד נה(2) 37, פס' 16 לפסק הדין של השופט אנגלרד (2000); ראו גם ת"א (מחוזי י-ם) 9224/07 הפטריארך היווני אורתודוכסי של ירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה לירושלים, פס' 16 לפסק הדין של השופט זילברטל (נבו) 9.2.2009.

205 עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 152, בפס' 67 לפסק הדין.

206 עניין שמש, לעיל ה"ש 156, בפס' 26 לפסק הדין.

207 פרידמן ובר-אור 2, לעיל ה"ש 175, בעמ' 1408-1410.

208 ראו (מחוזי חי') 25141-03-11 מועצה מקומית פרדס חנה כרכור נ' משאבי מים פרדס חנה-כרכור בע"מ, פס' 71 לפסק הדין של השופט סוקול (נבו) 1.2.2014. לדרישת הקשר הסיבתי בין ההוצאה ובין ההתעשרות, ראו גם עניין אדרס, לעיל ה"ש 204, בפס' 15

הרשות רשאית לבקש לקזז מסכומי ההשבה את עלות השירות עצמו, ואולם טענה זו לא תצלח אם בית המשפט סבור כי על הרשות לתת את השירות חינם כחלק מסל השירותים שעליה להעניק לתושב. לפיכך בעניין שירותי בריאות כללית נדחתה טענה זו באשר לשירותי פינוי אשפה של מוסדות שהיו פטורים מתשלום על פי הדין.<sup>209</sup>

## 6. גלגול הוצאות "Passing on"

ייתכן שהרשות אף תוכל להעלות כלפי המשלם טענת "גלגול הוצאות". טענה זו התקבלה לא פעם בתביעות בנושאי דיני תחרות באירופה, והיא מוכרת בשמה הלועזי: "Passing on Defence".<sup>210</sup> המשמעות היא שהנוק לא "נספג" כלל על ידי הגוף המשלם, שכן הוא גולגל לאחריים, ולמעשה לתובע לא נגרם כל נזק. לא קל להוכיח טענה זו, ועל הטוען להוכיח קשר בין החיוב ובין השינוי במחיר.<sup>211</sup> בישראל בית המשפט העליון לא שלל את הטענה כאשר הועלתה בערעור על סירוב לגלות מסמכים הדרושים לביסוס טענת גלגול הוצאות.<sup>212</sup> עם זאת נראה כי טענה מסוג זה טרם התקבלה בישראל.<sup>213</sup> גם אם תוכר הטענה, עדיין יהיה קשה להוכיח באמצעות בחינת מחיר השירות או המוצר אם בפועל גולגל החיוב

לפסק הדין של השופט לויין.

<sup>209</sup> ראו עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 152, בפס' 65–66 לפסק הדין.

<sup>210</sup> Marco Botta, *The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive* 25 EURO. REV. PRIV. L. 881–908 (2017). במאמר זה בחן המחבר את התפתחות הגנת "גלגול הוצאות" בדיני תחרות בארבע מדינות: גרמניה, צרפת איטליה ובריטניה. וראו גם Martin F. Hellwig, *Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective*, WORKING PAPER OF THE MAX PLANCK INSTITUTE FOR RESEARCH ON COLLECTIVE GOODS (2006). הטענה אפשרית גם בהקשר של תביעות ייצוגיות באנגליה, ראו Merricks v MasterCard Incorporated and others [2019] EWCA Civ. 674 במקרה זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון באנגליה שטרם הוכרע, אולם אין מחלוקת בערעור באשר לתחולת הגנת גלגול הוצאות, אלא על רמת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור.

<sup>211</sup> Till Schreiber & Martin Seegers, *Quantification, Passing-on Defense and Interest Practical Challenges and Case Law Following the EU Directive on Antitrust Damage Actions*, 17 COMP. L. I. 1 (2018).

<sup>212</sup> רע"א 6649/07 המועצה המקומית שלומי נ' שכטמן ושות' חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פס' 3 לפסק הדין של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 24.12.2007).

<sup>213</sup> ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 63 לפסק הדין; פרידמן ובר-אור 2, לעיל ה"ש 175, בעמ' 1396–1408.

לאחרים. קביעת מחירו של מוצר בתנאי שוק ותחרות תלויה במשתנים רבים.<sup>214</sup> יש הגורסים כי בעקבות הפסיקה העדכנית וקשיי ההוכחה, אין מקום להעלות טענה זו כיום.<sup>215</sup> גישה זו נתמכת אף בדברי ביקורת של השופט מלצר בדיון הנוסף בעניין שירותי בריאות כללית,<sup>216</sup> בהצטרפו לדברי ביקורת על ספרו של המלומד פרידמן.<sup>217</sup> לפי דברי ביקורת אלו, בשיטת המשפט הנהוגה בישראל יש לבחון את התעשרותו של המזכה, ולא את היעדרו של הפסד של התובע. כמו כן הטענה שהתובע שינה את מצבו לרעה בכך שהעביר את נזקו לאחרים רלוונטית לתביעת פיצויים בנזיקין או בהפרת חוזה, אך אינה רלוונטית לדיני עשיית עושר ולא במשפט, הבוחנים את התעשרותו של המקבל בלבד. כמו כן אם התובע גלגל את הנזק לאחרים, אזי השאלה היא למי נתונה זכות התביעה או אם בעת קבלת התשלום עליו להעביר את סכום ההשבה לאחרים. בסופו של דבר בשל הקשיים הלא מעטים הכרוכים בטענת גלגול הוצאות, ספק אם יש מקום לטענה זו בדיני ההשבה בישראל. עם זאת יודגש כי הדברים נאמרו בגדר אוביטר מכיוון שטענת גלגול הוצאות נדחתה בפועל בעניין שירותי בריאות כללית בשל העובדה שהיא הועלתה אך ורק בשלב הערעור.<sup>218</sup>

לא הייתי מספיד לחלוטין את טענת גלגול הוצאות. לא מן הנמנע שהטענה תתקבל במקרה המתאים בעתיד, אם אפשר יהיה להוכיח ויימצאו שיקולים של צדק להכיר בה. לדוגמה, אם יוטל היטל בשיעור אחיד על עוסק מסוים, ויוכח לשביעות רצונו של בית המשפט כי המשלם העביר בדיוק את התשלום

214 ראו עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 152, בפס' 68 לפסק הדין. כן ראו ע"א 6080/97 קמור רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נו(5) 855, פס' 12 לפסק הדין של הנשיא ברק (2003); יעקב ניסים "ניתוח כלכלי של הגנת הגלגול בדיני מסים" משפטים לח 43 (2008).

215 לדוגמה, ראו ת"א (שלום קר') 40366-02-19 א. כפיר אחזקות ובנין (1991) בע"מ נ' פלגי מוצקין בע"מ (נבו 10.10.2019). בית המשפט דחה בקשה לגילוי מסמכים כדי לבסס טענת גלגול הוצאות, בשל היעדר תחולה לטענה כזו לפי הדין הקיים בישראל.

216 דנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 18, בפס' 5 לפסק הדין של השופט מלצר.

217 פרידמן ובר אור 2, לעיל ה"ש 175, בעמ' 1397.

218 הטענה הועלתה בשלב הערעור על ידי היועץ המשפטי לממשלה, ועל כן לא היה אפשר להיעתר לה בהיעדר כל בסיס עובדתי ובלי שהדבר נטען כחלק מהערעור. ראו לעניין זה עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 152, בפס' 69 לפסק הדין של השופטת נאור; עמדה זו זכתה להכרה בדעת הרוב בדנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 18, בפס' 57 לפסק הדין של השופט גרוניס. לא הייתה מחלוקת של ממש בסוגיות העיקריות בין דעת הרוב לדעת המיעוט, אלא בסוגיית הוצאות שיש להשית על העירייה בשל הגשת הבקשה לדיון נוסף.

ללקוחותיו בלי שהדבר השפיע על נתונים אחרים כגון ירידה בביקוש וכיוצא באלה. אזי ייתכן שיימצא המקום להכיר בטענה על אף הקשיים הגלומים בה.<sup>219</sup> אפשר למצוא חיזוק לגישה כי טענת גלגול ההוצאות תוכל בכל זאת להתגלגל לפתחנו בעתיד. בעניין רשות העתיקות, ציין השופט חשין כי יש אולי מקום לראות בטענת גלגול ההוצאות חלק מהוראת הפטור שבסעיף 2 לחוק עשיית עושר. לדבריו אפשר לומר שכאשר סכום התשלום התגלגל לאחריים, אזי הזכייה עצמה לא כרוכה בחסרון המזכה. השופט חשין אף העלה את הסברה כי ייתכן שיש מקום להבחין בין טענת גלגול ההוצאות המועלית כלפי הפרט ובין טענה כזו המועלית מצידה של הרשות, שכן קל יותר לקבל את העובדה שהציבור הכללי הוא שהתעשר, ולא אדם או גוף פרטי.<sup>220</sup> לגופו של עניין טענת גלגול ההוצאות הועברה באותה פרשה לבדיקת הערכאה דלמטה.<sup>221</sup> יודגש כי אין ספק שבכל הקשור להחזר מיסים עקיפים הטענה עדיין רלוונטית. זאת מכיוון שכדי לזכות בהשבה על המבקש החזר להוכיח כי בשעת מכירת הטובין שבגינם שולם המס ביתר, לא נכלל היתר במחיר ששילם הקונה.<sup>222</sup> יש הבדל ברור בין דרישת השבה על פי חוקי המיסים העקיפים, היוצרת חזקה של "גלגול" מצד המשלם, ובין השבה על פי העקרונות הנובעים מדיני עשיית עושר. אולם נראה כי קשיי ההוכחה של טענת גלגול ההוצאות עולים במפורש אף מדרישות ההשבה על פי ההוראות הקיימות בקשר להשבת מיסים עקיפים.<sup>223</sup> מן הטעמים שפירטתי לעיל, ובשל התפתחות ההגנה באירופה, נראה כי ייתכן שעוד נשוב ונזדקק לעניין זה בעתיד. מוטב, אפוא, כי כמו בתחום המיסים העקיפים, המחוקק ייתן דעתו על המקרים המתאימים לבידור הטענה ועל רמת ההוכחה הנדרשת. יש לזכור כי אם לא תוכר הטענה במקרה המתאים, אזי תובע אשר גלגל את התשלום לאחריים, עשוי להתעשר בשל ההשבה. זאת מכיוון שמצד אחד המשלם כבר גלגל את הנזק לאחריים, ומן הצד האחר בקבלו את סכום

219 ראו דברי השופט גרוסקופף בת"א (מחוזי מר') 13-07-37322 קבוצת אשטרום בע"מ נ' עירית לוד, פס' 25 לפסק הדין (נבו 8.1.2015): "לשיטתי, בהעדר הוראת חוק מפורשת (כדוגמת סעיף 6 לחוק מיסים עקיפים (מס ששולם ביתר או בחסר), תשכ"ח - 1968), יש למעט בהכרה בטענות 'גלגול' במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט, ולתחום אותן לנסיבות בהן מחד גיסא, ניתן להעריך את היקפו הכלכלי של ה'גלגול' שבוצע, ומאידך גיסא קיימים טעמים טובים להניח שהאינטרס של הגורם אליו גולגלה העלות הוא שטובת ההנאה תיותר בידי מקבל התשלום, ולא תושב לידי גורם הביניים [...]".

220 ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 64 לפסק הדין.

221 שם, בפס' 70 לפסק הדין.

222 ס' 6(2) לחוק מיסים עקיפים (מס ששולם ביתר או בחסר), התשכ"ח-1968.

223 ע"א 180/99 מנהל מס קנייה נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד (נז) 625, פס' 13-18 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2003).



ההשבה הטבה זו גורמת להתעשרותו ומעמידה אותו במקום טוב יותר מהמקום שבו היה נמצא לולא שילם את התשלום לרשות.<sup>224</sup>

#### 7. היעדרו של חסרון כיס למזכה

סעיף 2 לחוק עשיית עושר קובע כי בית המשפט רשאי לפטור את החייב מהתשלום אם הוכח כי הזכייה לא גרמה למזכה לחסרון כיס. הטענה מבוססת על העיקרון "זה נהנה וזה לא חסר".<sup>225</sup> דוגמה טובה היא של רשות שגבתה סכומי כסף שהגיעו לה בגין שירותי כבאות שסופקו על ידיה, תוך הטלת חיוב אחיד לפי מספר בתי המגורים ביישוב. זאת במקום לפי חיוב המבוסס על שטחה של כל דירה ודירה. הואיל והגבייה נעשתה שלא כדין, בית המשפט המחוזי הורה לרשות להשיב את כל הסכומים שגבתה תוך שמירה על עקרון החוקיות. אחד הנימוקים שהועלו בערעור היה כי לפחות לחלק גדול מתושבי היישוב לא נגרם חסרון כיס, הואיל והחיוב לפי שטח הדירה היה גורם לכך שעליהם לשאת בסכום גדול יותר מהסכומים שבהם חויבו בפועל.<sup>226</sup> במשפט העברי מקובל לתת דוגמה לעיקרון זה בסוגיית "הדר בחצר חברו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך?"<sup>227</sup> ההלכה שהתגבשה קבעה "פטור", אך תחולתה הוגבלה רק ל"חצר שאינה עומדת להשכרה".

מכל מקום יש לזכור כי לפי הוראות החוק אין די בהוכחת היעדר חסרון כיס אצל המשיב, אלא יש להראות גם כי לא יהיה צודק להורות על השבה.<sup>228</sup> לפיכך

224 שם, בפס' 16 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן: "אולם יש לזכור כי השבת המס לידי מי שגלגל אותו על הקונים גורמת להתעשרותו הוא ולא במשפט, באשר בפועל לא הוא זה שנשא בתשלומו של היתר, אלא הקונים הם שנשאו בכך [...]".

225 ע"א 7156/10 חברת הירקון בע"מ נ' מדינת ישראל מינהל מקרקעי ישראל, פס' 17 לפסק הדין (נבו 11.10.2012); עניין שמש, לעיל ה"ש 156, בפס' 27, 29 לפסק הדין; ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 633, פס' 8 לפסק הדין (1983); וכן מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל, לעיל ה"ש 139, בעמ' 505-508. ראו גם נחום רקובר "עשיית עושר ולא במשפט (זה נהנה וזה לא חסר)" מחקרים וסקירות במשפט העברי מד (1976), וראו את ההפניות שם למקורות במשפט העברי. ראו גם נחום רקובר עושר ולא במשפט 13-38 (1987).

226 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי, ראו ת"צ (מנהליים ת"א) 40550-12-10 יעקובי נ' עיריית גבעתיים, פס' 7א לפסק הדין (נבו 9.8.2017); לפסק דין בעליון אשר ניתן במסגרת טיעון לפי ס' 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ראו עע"ם 8415/17 עיריית גבעתיים נ' יעקובי (נבו 21.1.2020): בפסק הדין, הקטין בית המשפט את סכום ההשבה והעמידו על כ-25% ממנו. כן הוקטנו סכומי הגמול ושכר טרחת עורך דין.

227 משנה, בבא קמא כ, ע"א; משנה, בבא קמא כא, ע"א.

228 ראו עניין שמש, לעיל ה"ש 156, בפס' 29 לפסק הדין; ראו גם רקובר עושר ולא במשפט,

במקרה שבו המזכה מחה על עצם ביצוע החיוב, לא ניתן עוד לומר כי לא נגרם לו חסרון כיס.<sup>229</sup>

## ה. הגנות מן הדין המינהלי

כאשר עסקינן בתביעות השבה נגד רשות, קשה להבחין בין עילות ההגנה מכוח דיני עשיית העושר ובין הגנות מן הדין המינהלי. הסיבה לכך טמונה בכך ששיקולי הצדק המבססים את הטענה של פטור מחובת השבה רחבים ויכולים להשתרע אף על הדין המינהלי.<sup>230</sup>

יודגש כי הדיון בתביעה ייצוגית נגד רשות על פי פרט 11 לתוספת השניה לחוק מתקיים בדרך של תובענה מינהלית,<sup>231</sup> ובפני בתי המשפט לענינים מינהליים.<sup>232</sup> המשמעות היא כי על התובענה יחולו הכללים המקובלים בדין המינהלי כגון שיהוי, ניקיון כפים, בטלות יחסית, חובת מיצוי הליכים בפני הרשויות, וכן הכללים בדבר דרך תקיפתה של ההחלטה המינהלית בתקיפה עקיפה או ישירה.<sup>233</sup> לא אחזור בפרק זה על הנושאים שבהם דנתי לעיל בסוגיית הפטור מהשבה על פי דיני עשיית העושר.

### 1. מיצוי הליכים

החובה למצות את ההליכים בפני הרשות הרלוונטית היא יציר הפסיקה.<sup>234</sup> החיוב למצות את ההליך טרם פנייה לבית המשפט נועד לשמר את ההפרדה בין הרשות השופטת לרשות המבצעת ולאפשר לרשות המבצעת לתקן את החלטתה תוך שקילת כל הנימוקים הרלוונטיים. יש בכך גם מסר ערכי המלמד על התנהלות ראויה בין הרשות לאזרח שלא בדרך של הליכים משפטיים.<sup>235</sup> בתי המשפט סברו

לעיל ה"ש 225, בעמ' 20.

229 שם, בעמ' 22-23: "שהדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו 'צא' ולא יצא – חייב ליתן לו כל שכרו"; ראו גם בספרם של פרידמן ובר אור 2, לעיל ה"ש 175, בעמ' 1394-1395.

230 ראו עניין רשות העתיקות, לעיל ה"ש 151, בפס' 57 לפסק הדין.

231 תק' 29 לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000.

232 ס' 5(ב)2 לחוק תובענות ייצוגיות; ראו גם עניין אסל, לעיל ה"ש 59, בפס' 5 לפסק הדין של הנשיא גרוניס ובפס' ל"ג-ל"ד לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

233 רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פס' 8, 10 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 19.1.2017). השופט עמית ציין כי על הדיון בפני בתי המשפט המינהליים חלים כללי המשפט המינהלי וכי לנושא של תקיפה ישירה או עקיפה יש השפעה אף על נושא מיצוי ההליכים.

234 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג 1866, 1874 (2014).

235 דנ"ם יונס, לעיל ה"ש 8, בפס' 6-8 לפסק הדין של השופט הנדל. יודגש כי בדיון הנוסף

תדיר כי לא ראוי לאפשר למי שלא פנה לרשות ולא נתן לה הזדמנות לתקן פגם במעשיה, להגיש תביעת פיצויים נגד הרשות בגין אותו פגם. הסיבה היא שהתובע יהיה זכאי לפיצויים אשר יהיה בהם לכסות את מלוא נזקו, וזאת על חשבון הציבור. מנגד האינטרס הציבורי ייפגע, שכן הרשות לא תידרש כלל לתקן את הפגם שבמעשיה.<sup>236</sup> מיצוי ההליכים בפני הרשות מאפשר, לעיתים, לרשות להקטין נזקים באמצעות תיקון הפגם בזמן אמת.<sup>237</sup>

המשמעות המעשית באשר לתביעות ייצוגיות נגד רשויות היא שכאשר יש הליך סטטוטורי מחייב, צריך תחילה לנקוט הליך זה טרם הגשתה של תובענה ייצוגית. כך, לדוגמה, אי אפשר להגיש תביעות ייצוגיות בענייני ארנונה שחל עליהם סעיף 3(א) לחוק הרשויות המקומיות (ערר על קביעת ארנונה כללית), התשל"ו-1976 (להלן: חוק הערר),<sup>238</sup> שכן ישנו הליך סטטוטורי חלופי בפני טריבונל מקצועי בתחום הארנונה וכן ישנו הליך נוסף בפני ועדת הערר.<sup>239</sup> בעניין אספיאדה השופטת ברק-ארוז ציינה טעמים אחדים להוראה למצות הליכים בתביעות ייצוגיות בעניינים אשר חל עליהם חוק הערר, ונראה כי יכולה להיות השפעה לפסיקה בהם גם על תביעות אחרות בעתיד.<sup>240</sup> בית המשפט הדגיש את הצורך המתעורר לעיתים בעררי ארנונה לקיים בירור עובדתי נרחב, המצריך גם את בדיקת מצב הנכס. קביעת העובדות הללו על ידי גוף מקצועי אשר הוסמך לכך, בהליך הערר, תועיל בכוא היום לבית המשפט, אם הנושא יובא לדיון גם לפניו. הדיון מתנהל בפני אנשי מקצוע העוסקים בתחום הרלוונטי, סדרי הדין

החליטה דעת הרוב, כנגד דעתו החולקת של השופט הנדל בעניין זה, שאין צורך לפנות בפנייה מוקדמת לרשות לפני הגשת תביעה ייצוגית.

<sup>236</sup> ראו עניין גליק, לעיל ה"ש 233, בפס' ל"ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין. כן ראו בג"ץ 112/12 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסיביבה נ' ממשלת ישראל, פס' 8 לפסק הדין (נבו 24.5.2012).

<sup>237</sup> ראו עניין קסם מילניום, לעיל ה"ש 143, בפס' 19-17 לפסק הדין של השופט פוגלמן.  
<sup>238</sup> סעיף זה מאפשר הגשת ערר בעניינים הבאים בלבד: (1) הנכס שבשלו נדרש התשלום אינו מצוי באזור כפי שנקבע בהודעת התשלום; (2) נפלה בהודעת התשלום שמשגיגים עליה טעות בציון סוג הנכס, גדלו או השימוש בו; (3) הוא אינו מחזיק בנכס כמשמעותו בסעיפים 1 ו-269 לפקודת העיריות; (4) היה הנכס עסק כמשמעותו בסעיף 8(ג) לחוק הסדרים התשנ"ג – שהוא אינו בעל שליטה או שחוב הארנונה הכללית בשל אותו הנכס נפרע בידי המחזיק בנכס".

<sup>239</sup> בעניין אספיאדה, לעיל ה"ש 126, נקבע כך בהחלטת רוב. השופטת ברק-ארוז והנשיאה נאור לעומת דעתה החולקת של השופטת חיות אשר סברה שיש מקום להתיר הגשת תביעה ייצוגית גם בעניינים שניתן להגיש עליהם ערר בענייני ארנונה.

<sup>240</sup> שם, בפס' 240 לחוות דעתה של כב' השופטת ברק-ארוז.

גמישים ומאפשרים התדיינות יעילה.<sup>241</sup> כמו כן, לעיתים, בענייני ארנונה נדרשת בחינה אינדיווידואלית כמו בנושאים של סיווג הנכס. זאת ועוד, כאשר קיימת שונות רבה בין חברי הקבוצה, קשה לומר כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.<sup>242</sup> הלכה זו סויגה אך ורק לעניינים שחל עליהם סעיף 3(א) הנוכח לעיל, ובית המשפט הותיר במפורש להכרעה בעתיד את סוגיית החלת הכלל על תביעות ייצוגיות בנושאי מיסים שקבוע להם מנגנון השגה סטטוטורי.<sup>243</sup> אולם החובה למצות הליכים עשויה להיות רלוונטית גם לתביעות להשבת מיסים אחרים. אומנם ישנה כבר פסיקה מחוזית התומכת בקביעה דומה בתביעות השבה בתחום המיסים, אולם פסיקה זו עדיין לא אושרה בבית המשפט העליון. כך, למשל, נקבע כי השימוש בתביעות ייצוגיות המבוססות על דיני עשיית עושר כפוף להוראות הספציפיות בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], ועל כן, טרם הגשתה של תביעה ייצוגית, יש למצות את ההליכים הקבועים בפקודה, לרבות הגשת דו"ח והשגה. אם אפשר יהיה להגיש תביעה ייצוגית בלי לקיים את ההוראות הקבועות בחקיקת המיסים, ייוותרו הוראות אלה כאות מתה, וספק אם ישתמשו בהן. לא נראה כי זו הייתה כוונת המחוקק.<sup>244</sup>

דעת הרוב בעניין **אספיאדה** הותירה "פתח צר" למקרים חריגים בלבד שבהם תעלה שאלה ציבורית עקרונית מיוחדת המשותפת לנישומים רבים.<sup>245</sup> ואומנם לא איחר המקרה להגיע. בעניין אחר קבע בית המשפט העליון כי כאשר מונחת לפניו סוגיה משפטית בקשר למתן פרשנות למונחים שהופיעו בצווי הארנונה של העיר רעננה, ואשר לה השפעה רחבת היקף הנוגעת לתושבים רבים, אפשר לראות בה חלק מאותו פתח צר שנותר למקרים חריגים שיש בהם שאלה עקרונית חשובה.<sup>246</sup> יודגש כי לעניין זה היו מאפיינים ייחודיים, שכן הטענה בדבר אי-מיצוי הליכים הועלתה בעקבות פסק הדין בעניין **אספיאדה** ובמועד זה כבר

241 שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז; ראו גם ע"מ 9962/16 שהף טקס בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו, פס' 11 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו 4.10.2018).

242 שם, בפס' 33 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

243 שם, בפס' 40-41 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז ובפסק הדין של הנשיאה נאור.

244 בש"א (מחוזי ת"א) 30602/07 מדינת ישראל – רשות המסים נ' גבע (נבו 4.2.2009); ת"מ (מנהליים ת"א) 138/07 דורון נ' רשות המיסים (נבו 15.11.2012); ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 576-577: המחברים מציינים כי לדעתם קשה לראות מהי ההבחנה בין ענייני הארנונה ובין דיני מיסים אחרים.

245 ראו עניין **אספיאדה**, לעיל ה"ש 126, בפס' 23, 43 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

246 ע"מ 728/17 שמואל נ' עיריית רעננה (נבו 4.2.2018).

נתקבלה הבקשה לאישור. כמו כן בית המשפט סבר כי הסוגיה שלפניו לא כלולה כלל בנושאים שסעיף 3(א) לחוק הערר חל עליהם.<sup>247</sup> נראה כי הלכת אספיאדה כבר הכתה שורשים בדין הקיים. במרבית התובענות בנושאים שהגיעו לפתחו של בית המשפט, ואשר סעיף 3(א) לחוק הערר חל עליהן, נשמר הכלל המחייב מיצוי הליכים בהליכי ההשגה והערר.<sup>248</sup>

## 2. תקיפה עקיפה בתובענות ייצוגיות

נושא אחר הקשור אף הוא למיצוי ההליך המינהלי, נוגע לאופן תקיפתה של החלטת הרשות. חלק מהתובענות הייצוגיות המוגשות נגד רשויות, נוגעות לגבייה הנעשית על פי תקנות או על פי תעריפים שנקבעו בתקנות. השאלה שהתעוררה לא פעם היא אם אפשר לתקוף בתובענה ייצוגית תעריפים או גבייה הנעשית על פי תקנות, בלי שהתקיים הליך קודם אשר בו נתקפו התקנות בתקיפה ישירה. התקיפה הישירה נעשית בהליך לתקיפת המעשה המינהלי עצמו כגון עתירה או הליך ערר או ערעור הנדון בפני טריבונל שיועד לכך בחוק, ובמועדים קצובים.<sup>249</sup> בתקיפה הישירה תוקפים את המעשה המינהלי עצמו, למשל את חוקיותה של תקנה מסוימת או את הדרך שבה היא נקבעה. באותו ההליך נשמעים הצדדים הרלוונטיים למעשה המינהלי נשוא הדיון, והם תוקפים את ההוראה המסמיכה את הרשות לבצע את הגבייה באופן ישיר.

לעומת התקיפה הישירה, בתקיפה העקיפה (collateral attack) הצדדים דנים בסוגיות שונות ובתוך כך מועלית טענה הקשורה למעשה המינהלי. הצד המעלה את הסוגיה נמנע מלנקוט הליך המיועד לכך, אלא מסתמך על הפגם בהליך אחר.<sup>250</sup> הדין בישראל מכיר בתקיפה עקיפה של מעשה מינהלי כאשר הסוגיה מתעוררת בשעת דיון בבית המשפט בסוגיה אחרת המצויה בסמכותו של בית המשפט.<sup>251</sup>

<sup>247</sup> שם, בפס' 20 ו-27 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>248</sup> שחף טקס, לעיל ה"ש 240, בפס' 17 לפסק הדין ציין השופט מינץ כי "הפתח הצר בו הכירה הפסיקה מיועד למקרים חריגים, אשר צריכים להיבחן בקפידה ותוך נקיטת משנה זהירות, לבל החריג יהפוך לכלל [...]". השופט מזוז, הוסיף בהערותו לפסק הדין "כי נדרשת גישה זהירה ומצמצמת בשאלות הנוגעות לתחולת ההליך הייצוגי על תביעות נגד רשות ציבורית".

<sup>249</sup> ראו יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587, 604 (1993); זמיר הסמכות המינהלית כרך ג, לעיל ה"ש 234, בעמ' 1699-1703.

<sup>250</sup> ראו ברק-ארוז כרך ד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 167-168.

<sup>251</sup> ראו ע"א 4291/17 אלפריה נ' עיריית חיפה, פס' 10 לפסק הדין של השופט מזוז (נבו) 6.3.2019.

בעבר הגבילו בתי המשפט את האפשרות לתקוף את המעשה המינהלי בתקיפה עקיפה אך ורק למקרים שבהם נטען כי החלטת הרשות בטלה מעיקרא (void), להבדיל מהחלטה נפסדת הניתנת לביטול. משאימצו בתי המשפט את דוקטרינת הבטלות היחסית, אין עוד חשיבות להבחנה בין החלטה בטלה מעיקרא ובין החלטה הניתנת לביטול, שכן תוצאת הפגמים היא בטלות יחסית או תוצאה יחסית.<sup>252</sup> המקור החוקי לתקיפה העקיפה מצוי בסעיף 76 לחוק בתי המשפט. סעיף זה מקנה לבית המשפט הדין בעניין מסוים הנתון בסמכותו, סמכות נגזרת להכריע אף בעניין אחר העולה לפניו בדיון, גם אם אותו עניין נתון בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר. הסעיף תורם ליעילות דיונית מכיוון שהוא מאפשר הכרעה בכל העניינים העולים מהסכסוך הנדון בפני בית המשפט, ללא צורך לפצל את ההליכים בין בתי משפט שונים. הסעיף קובע כי ההכרעה האקראית תהא תקפה לצורך אותו עניין בלבד.<sup>253</sup>

ההכרעה בתקיפה העקיפה לא יכולה להיות הנושא המרכזי העולה לדיון אלא נושא משני שהכרעה בו "דרושה לבירור העניין". כמו כן ההכרעה בתקיפה העקיפה כוחה יפה בדרך כלל רק "לצורך אותו עניין", ואין היא משום מעשה בית דין, אף לא בין אותם צדדים, בעניין אחר.<sup>254</sup>

לתקיפה המינהלית כמה חסרונות מובהקים,<sup>255</sup> ובהם העובדה שהנושא עולה באופן מקרי בערכאה שאינה דנה בדרך כלל בנושאים אלו, ועל כן אין לה המיומנות והמומחיות להכריע בסוגיות אלו.<sup>256</sup> לעיתים הרשות עצמה נעדרת מההליך עצמו, וכך למעשה הדיון מתקיים ללא נוכחותו של בעל דין דרוש. התקיפה המינהלית עוקפת את דרישות מיצוי ההליכים והשיהוי, ואף יכולה לגרום להכרעות סותרות, שכן כאמור, אין היא יוצרת מעשה בית דין, ובהליך אחר יהיה ניתן להכריע באופן אחר באותו עניין.<sup>257</sup> לצד אלו ישנם חסרונות נוספים כגון יצירת אי-ודאות אשר לדיון החל כל עוד מתקיים ההליך; האפשרות

<sup>252</sup> שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופט מזוז; ראו ברק-ארז כרך ד', לעיל ה"ש 8, בעמ' 174-176; ראו רע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל, פס' ל"ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 5.5.2015).

<sup>253</sup> ברק-ארז כרך ד', בעמ' 168-169.

<sup>254</sup> ראו עניין אלפריה, לעיל ה"ש 240, בפס' 11 לפסק הדין של השופט מזוז.

<sup>255</sup> שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט מזוז; ראו ברק-ארז כרך ד', לעיל ה"ש 8, בעמ' 177-179.

<sup>256</sup> בר"ם 7363/09 מרכז משען בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו, פס' 9 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 2.3.2010), לעניין השוני בין סדרי הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים ובין סדרי הדין בבית המשפט האזרחי, כאשר נטענה טענת קיוויו כחלק מתקיפה עקיפה של דרישת החוב מצידה של עיריית תל-אביב.

<sup>257</sup> ראו עניין אלפריה, לעיל ה"ש 250, בפס' 12 לפסק הדין של השופט מזוז.

לעשות דין עצמי בידי מי שלא שעה להוראות הרשות; ומשהגיעו אל פתחו, עולות מצד התובע טענות בקשר לתקפותן של החלטות אלו, אשר כבר היו בתוקף זמן רב קודם לכן. מטעמים אלו הדגישו לאחרונה בתי המשפט פעמים מספר כי דרך המלך לתקיפת ההחלטה המינהלית היא התקיפה הישירה. על כן תקיפה עקיפה של מעשה מינהלי תותר אך ורק במקרים חריגים ויוצאי דופן.<sup>258</sup> תקיפה עקיפה תתאפשר בעיקר במקרים חריגים שבהם התקיפה הישירה אינה אפשרית עוד כגון במקרה שבו התקנות שעל פיהן פעלו הנתבעים, כבר בוטלו או שאינן עוד בתוקף.<sup>259</sup> כך גם במקרה שבו ברור וגלוי כי מעשה המינהל לוקה בפגם חוקי או מוסרי חמור ונעשה, למשל, ללא סמכות, או בהיעדר פרסום כדין של חיקוק, או שחוק העזר לא אושר על ידי שר הפנים.<sup>260</sup> השופט רובינשטיין סבר כי יש גם להוכיח קיומן של נסיבות מיוחדות שיצדיקו את החריגה מהוראות הדין, "כגון דחיפות מיוחדת או נזק בלתי הפיך הצפוי להיגרם לו כתוצאה מביצוע ההחלטה בפרק זמן קצר שעד לפניה ולקבלת מענה מערכאה שיפוטית".<sup>261</sup>

התקיפה העקיפה מאפשרת הכרעה בכל הסוגיות הרלוונטיות הדרושות לעניין המונח לפני בית המשפט בין אותם צדדים ובאותו העניין, ואין לה תחולה כללית על צדדים אחרים שעניינם כלל לא מונח בפני בית המשפט. לפיכך התקיפה העקיפה לא מתאימה להליך של תביעה ייצוגית שבו ההכרעה חלה על כל חברי הקבוצה ועל כן חורגת מגבולותיו של עניין שבדין. התובענה הייצוגית יוצרת מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה,<sup>262</sup> ומטעם זה דומה היא לתקיפה

258 עניין אבו אלקיעאן, לעיל ה"ש 251; ת"א (מחוזי ב"ש) 14-10-30995 עמק הסליקורניה בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד החקלאות ופיתוח הכפר (נבו) 1.11.2018; ע"א 2665/96 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה חיפה, פ"ד נב(4) 124, 141-142 (1998); ע"א 3901/11 מחקשווילי נ' רשות המיסים בישראל, פס' 12 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז, פס' ב'ג' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 7.8.2012). השופט רובינשטיין נותר בדעת מיעוט, אך כל שופטי ההרכב הסכימו כי תחילה יש למצות את הליכי ההשגה הקבועים בפקודת מס ההכנסה ומס רכוש; ראו גם בספרו של זמיר הסמכות המינהלית כרך א, לעיל ה"ש 72, בעמ' 40; זמיר הסמכות המינהלית כרך ג, לעיל ה"ש 234, בעמ' 1711-1712; ת"צ (מחוזי י-ם) 12-05-37820 רז נ' סיטיפס בע"מ (נבו) 16.7.2015.

259 ראו עניין קו מחשבה בע"מ, לעיל ה"ש 40, בפס' 17 לפסק הדין של השופט גרוניס.

260 ראו עניין אלפריח, לעיל ה"ש 250, בפס' 23 לפסק הדין של השופט מזוז.

261 ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' ל"ב לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 1.8.2012); עניין אבו אלקיעאן, לעיל ה"ש 251, בפס' ל"ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

262 ראו ס' 24 לחוק תובענות ייצוגיות.

ישירה שתחולתה כללית ותוצאתה תקפה כלפי כולי עלמא.<sup>263</sup>

האפשרות להגיש תביעה ייצוגית נגד רשות במקרה שבו לא הייתה תקיפה ישירה קודמת, צומצמה עד מאוד.<sup>264</sup> לדוגמה, בית המשפט לא התיר תקיפה עקיפה בתובענה ייצוגית בקשר לשיעורי אגרת שילוט ולאופן חישובם.<sup>265</sup> כמו כן, לאחרונה, הורה בית המשפט המחוזי על מחיקה על הסף של תביעה ייצוגית שעניינה אי-חוקיות תעריפים שנקבעו בחוקי עזר עירוניים (חוק עזר לשצ"פים וחוק עזר לעניין סלילת רחובות) אשר נטען כי הם מבוססים על תחשיבים שגויים, מהטעם שאין לעורר בתביעה ייצוגית טענות לתקיפה עקיפה של חוקי העזר.<sup>266</sup> ההגבלה דלעיל נוגעת הן לתקיפת המעשה המינהלי עצמו והן לגבייה הנעשית מכוחו. לכן דחה בית המשפט טענה של תובע ייצוגי כי אין לראות בתביעתו משום תקיפה עקיפה הואיל והוא לא תוקף את הנוהל עצמו אלא את גביית הכספים הנעשית מכוחו.<sup>267</sup>

ההלכה השוללת את התקיפה העקיפה בתובענה ייצוגית לא נעלה את הדלת בפני תביעות השבה נגד רשויות לחלוטין,<sup>268</sup> ואולם היא בהחלט צמצמה את תחולתן. אם כן, התובענה הייצוגית נגד הרשויות תתאפשר אך ורק לאחר שהוגשה תקיפה ישירה בהליך המתאים, ובה נקבע כי נפל פגם בהתנהלות הרשות. רק אז יהיה אפשר לתבוע את השבת הכספים לקבוצה הנפגעת, כלומר לאחר שכבר נקבע בהליך המקדים כי אכן נפל הפגם.<sup>269</sup>

<sup>263</sup> ראו עניין אלפריח, לעיל ה"ש 250, בפס' 21 לפסק הדין של השופט מזוז; כמו כן, ראו עניין קו מחשבה בע"מ, לעיל ה"ש 40, בפס' 16 לפסק הדין של השופט גרוניס.

<sup>264</sup> ת"צ (מנהליים מר') 48630-08-18 יעד שיאן – נדל"ן בע"מ נ' עיריית ראשון לציון (נבו 23.11.2020); ת"צ (מנהליים מר') 52373-05-19 הרוש נ' עיריית מודיעין מכבים רעות (נבו 22.6.2020); ת"צ (מנהליים מר') 67405-03-16 עזר נ' עיריית רחובות (נבו 4.10.2020); ת"צ (מנהליים מר') 18995-01-14 הרמן נ' עיריית רחובות (נבו 9.10.2020).

<sup>265</sup> ראו עניין אלפריח, לעיל ה"ש 250.

<sup>266</sup> ת"צ (מנהליים חי') 16894-11-19 אסף נ' עיריית טירת הכרמל (נבו 3.3.2020).

<sup>267</sup> ת"צ (מנהליים ב"ש) 38081-08-16 אפלכאום נ' המשרד לבטחון פנים (נבו 20.5.2019), נתקבלה בקשה למחיקה על הסף. ראו גם רע"א 2384/14 אוניברסיטת בן גוריון בנגב נ' איגוד ערים אזור באר שבע (נבו 15.7.2014) שם נדחתה טענה דומה בקשר לאופן הענקת שירותי הכבאות על ידי הרשות.

<sup>268</sup> אולם, לאחרונה, פורשה הלכת אלפריח, לעיל ה"ש 250, באופן המצמצם את תחולתה אך ורק ביחס לחוקי עזר המטילים אגרות שאינן דורשות תחשיב ונשללה תחולתה של הלכה זו. לעניין היטלים המבוססים על תחשיב, ראו ת"צ (מנהליים חי') 71125-12-19 גביש בנגל בניה בע"מ נ' עיריית קריית מוצקין, פסק הדין של השופט רניאל (נבו 11.10.2020).

<sup>269</sup> הדבר דומה להגבלה החלה על תביעות לפיצויי קיום מצד משתתף אשר לא זכה במכרז, ואשר לא יוכל להגיש את תביעתו אלא אם הקדים ותקף בתקיפה ישירה את תוצאות המכרז; עניין קסם מילניום, לעיל ה"ש 143; וכן עניין אלפריח, לעיל ה"ש 250, בפס' 20



כמו כן תקיפה עקיפה של החלטת הרשות, או של התנהלותה, בתובענה ייצוגית תתאפשר כאמור רק באותם מקרים חריגים שצוינו לעיל.<sup>270</sup>

## 1. סיכום

המחוקק הישראלי הוציא תחת ידו הליך ייחודי המאפשר הגשת תביעות ייצוגיות להשבה נגד המדינה ומוסדותיה. בחוק תובענות ייצוגיות נערכו איזונים שיש בהם כדי להביא לידי ביטוי את הקשיים המתעוררים בתביעות נגד רשויות המדינה. עם זאת, המסלול החדש שנקבע בחוק תובענות ייצוגיות לשם הגשת תביעות השבה נגד רשויות נכלל אף במסגרתם הרחבה של דיני עשיית העושר. חוק עשיית עושר כולל אך ורק שישה סעיפים,<sup>271</sup> ובהם מקופלים שיקולים רחבים של צדק המקימים עולם ומלואו, והם מתבררים עקב בצד אגודל מפסק דין אחד למשנהו. לכל אלו מצטרף גם הדין המינהלי, אשר גם לו כללים אשר גובשו במהלך השנים, ואף להם השפעות מרחיקות לכת על תביעות ההשבה הייצוגיות נגד רשויות. יש להדגיש כי הכללים החלים על תביעות ההשבה ועל ההגנות הנתונות לרשויות משתנים מפסק דין אחד למשנהו. אפשר להיווכח כי סוגיות רבות עדיין לא הובהרו די הצורך, והדין החל על תביעות אלו התפתח והתקדם במידה ניכרת מאז חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות. בשנים האחרונות יצאו תחת ידו של בית המשפט העליון הלכות מרחיקות לכת שבהן נקבע, לדוגמה, כי אין צורך לשלוח הודעה מוקדמת לפני הגשת תביעת השבה, וכי ניתן להגיש הודעות לצד שלישי כלפי רשות, ובמקרה זה לא תוכל הרשות למסור הודעת חדילה. מנגד צומצמה עד מאוד האפשרות להגיש תביעה ייצוגית במקרה שבו לא נעשתה תקיפה ישירה קודמת או בעניינים שניתן להגיש בהם השגה על פי חוק הערר לענייני ארנונה. כמו כן נקבע כי תקופת ההשבה מוגבלת לשנתיים אשר קדמו למועד הגשת הבקשה לאישורה של התביעה הייצוגית.<sup>272</sup>

במאמר זה ניסיתי לעמוד על ההגנות השונות העומדות לרשותה של הרשות בהתגוננותה מפני תביעות ההשבה לעת הזאת, אך ככל שמעמיקים בו נגלה כי הדרך לא תמה והדין בהקשר זה עוד ינוע ויתפתח.

לפסק הדין של השופט מזוז.

<sup>270</sup> ראו עניין אלפריח, שם, בפס' 17-23 לפסק הדין של השופט מזוז; דנ"ם יונס, לעיל ה"ש 8, בפס' 223ב' לפסק הדין של השופט מלצר.

<sup>271</sup> ס' 7 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1976, דן בביטול ס' 3 לחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964, ועל כן לא נמנה.

<sup>272</sup> סוגיה זו עומדת כעת להכרעה בדיון נוסף בעניין מנירב 3, לעיל ה"ש 82.

