



## בבית המשפט העליון

בר"מ 6729/10

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט י' עמית

המבקש: המוסד לביטוח לאומי

נגד

המשיבה: הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל –  
ההסתדרות במרחב חיפה

המתייצב בהליך: היועץ המשפטי לממשלה

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב-יפו (כב' השופט א' שהם), מתאריך 15.07.2010 ב-ת"צ 31733-01-10, שהוסבה במהלך ההליכים לערעור; השלמת טיעון מטעם המבקש מתאריך 15.08.2018; השלמת טיעון מטעם המשיבה מתאריך 12.11.2018; תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה להשלמות הטיעון הנ"ל מתאריך 05.02.2019; תשובת המבקש להשלמות הטיעון הנ"ל מתאריך 24.02.2019

בשם המבקש: עו"ד אהרון מיכאלי; עו"ד יהודה רוזנטל; עו"ד תמר יוסף; עו"ד חן פלג

בשם המשיבה: עו"ד פרופ' דן ביין; עו"ד יואב ביין; עו"ד חגי טל; עו"ד אליעד אברהם; עו"ד יפית מנדל

בשם היועץ המשפטי לממשלה: עו"ד מיכל לייסר; עו"ד יצחק פרדמן

### פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר:

1. לפנינו בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופט א' שהם), ב-ת"צ 31733-01-10, בגדרה נדחתה בקשתו של המבקש, המוסד לביטוח לאומי (להלן גם: המל"ל, או: המוסד)

– לסלק על הסף בקשה לאישור תובענה ייצוגית, שהוגשה נגדו על ידי המשיבה (להלן גם: ההסתדרות). בקשת רשות הערעור התקבלה והוסבה במהלך הדיונים לערעור, הכל כפי שיתואר בהמשך.

2. בעקבות התפתחויות שחלו מאז הגשתה של הבקשה למתן רשות ערעור, אשר גם הן תפורטנה מאוחר יותר, הצטמצמה יריעת המחלוקת המונחת לפיתחנו, והכרעתנו נדרשת כעת למעשה בסוגיות הבאות בלבד: האם בנסיבות המקרה הנוכחי – המשיבה ובאי-כוחה זכאים, בהתאמה, לקבלת גמול ושכר-טרחת עו"ד, כמקובל בתובענה ייצוגית, אשר השיגה את מטרתה, או שיש מקום לפסוק פה הוצאות-משפט ושכר-טרחת עו"ד על פי אמות מידה אחרות כלשהן, ואם כן – באיזו מידה. זה המקום לציין כי המל"ל סבור שאין לפסוק גמול ושכר-טרחת עו"ד כלשהם, וכי הוא זכאי לפסיקת הוצאות לזכותו. מסתבר, עם זאת, כי ההכרעה בקושיות הנ"ל מצריכה התייחסות לעניינים נרחבים בהרבה, שאותם העלו הצדדים.

אביא איפוא להלן את הרקע למכלול ואת עיקרי הנתונים הנדרשים להכרעה בשאלות הנ"ל.

מיהות הצדדים לעניין חוק תובענות ייצוגיות

3. המל"ל הוא תאגיד שהוקם ופועל על פי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי, או חוק הב"ל). במסגרת התפקידים והסמכויות המסורות בידי, מכוח החוק האמור, גובה המל"ל, בין היתר, דמי ביטוח ממעסיקים עבור עובדיהם השכירים (ראו: סעיף 342(ב) לחוק הביטוח הלאומי). כספים אלה אמורים לשמש, בין היתר, לתשלומן של "גמלאות מבוססות הכנסה", או "גמלאות מחליפות שכר", דוגמת: דמי אבטלה, דמי פגיעה מעבודה ודמי לידה – לעובדים-המבוטחים, בקרות "אירוע מזכה", כמובנו על פי חוק הב"ל (להלן: אירוע מזכה).

בהיותו גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין – המל"ל הוא בגדר "רשות", כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט לעניינים מינהליים) ולעניין חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות, או החוק).

4. המשיבה היא אגודה עותומנית, המשמשת במרחב חיפה כשלוחה של הסתדרות העובדים הכללית החדשה (להלן: ההסתדרות הכללית), שהינה ארגון העובדים הגדול ביותר במדינת ישראל. המשיבה ושלוחתה פועלות, במישורים שונים, לקידום מעמדם של העובדים בישראל (ההסתדרות הכללית ושלוחתה יקראו להלן ביחד: ההסתדרות) והן בבחינת "ארגון", כהגדרתו בסעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, לעניין סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות ויתר הוראות החוק האמור.

התביעה שבית משפט קמא הנכבד התבקש לאשרה כתובענה ייצוגית

5. בתאריך 24.01.2010 הגישה המשיבה תביעה הצהרתית וכספית כנגד המל"ל לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשכתו כבית משפט לעניינים מינהליים. לצד התביעה האמורה הגישה המשיבה גם בקשה לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית, לפי הוראות סעיפים: 3(א), 4 ו-5 לחוק תובענות ייצוגיות ופרט 11 לתוספת השנייה לחוק האמור, שעניינו ב: "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר".

התביעה, שבית משפט קמא הנכבד התבקש לאשרה כתובענה ייצוגית (להלן: התובענה הייצוגית) – הצביעה על היעדר הלימה בין דמי הביטוח שהמל"ל גבה ממעסיקים עבור עובדיהם, לבין גובה השכר, שעל-יסודו חושבה ושולמה הגמלה בפועל לעובד, לאחר קרות "אירוע מזכה".

6. לפי הנטען בתביעה, למל"ל היה ידוע זה עשרות שנים, כי מעסיקים רבים אינם כוללים בתלושי השכר של עובדיהם הטבות שונות המוקנות לעובדים, מטעמים שונים שאינם בשליטתם ובאחריותם של העובדים. זאת על-אף שהטבות האמורות נחשבות כהכנסה בידי העובדים, והן אמורות היו להילקח בחשבון בגדרי ההכנסה החודשית, המהווה את הבסיס לתשלום דמי הביטוח עבור העובד-השכיר, שהמעסיק חב בתשלום (ראו: סעיפים 337, 342, 344 ו-348(א) לחוק הביטוח הלאומי, בצירוף סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן: ההכנסות הנוספות)). מטעם זה, בין היתר, ערך ועורך המל"ל ביקורות, שבגדרן הוא גובה ממעסיקים דמי ביטוח בגין ההכנסות הנוספות (להלן: ביקורות הניכויים). הדבר נעשה מכוח הסמכות המסורה בידי המל"ל לפי סעיף 358 לחוק הביטוח הלאומי.

7. על פי הנטען בכתב התביעה, גביית דמי הביטוח בגין ההכנסות הנוספות נעשתה במשך שנים רבות, שלא בדרך שהותוותה בחוק הביטוח הלאומי ובתקנות שהותקנו על פיו, כמפורט להלן.

המשיבה טענה כי החיקוקים הנ"ל מורים שגבייתם של דמי הביטוח בגדרי ביקורות הניכויים צריכה להיות מלווה בדין וחשבון מפורט בדבר השכר ששולם לכל אחד מהעובדים הרלבנטיים. דין וחשבון זה צריך להיעשות, כך נטען, באמצעות טופס ייעודי שתכליתו לאפשר למל"ל להחזיק ברשותו מידע מלא ומדויק לגבי מלוא ההכנסה שהמעסיק שילם לכל אחד מעובדיו בנפרד, ושבעדה שולמו למל"ל דמי ביטוח עבור כל אחד מעובדיו של המעסיק (ראו: סעיף 355 לחוק הביטוח הלאומי ותקנה 8(א) לתקנות הביטוח הלאומי (גביית דמי ביטוח), תשי"ד-1954)). דא עקא, שבפועל המל"ל נהג לגבות מהמעסיקים את דמי הביטוח בגדרי ביקורות הניכויים, באופן קולקטיבי וגלובאלי. בדרך זו, המעסיק נדרש לציין את המספר הכולל של העובדים שהוא מעסיק, את השכר הכולל ששולם בעד כלל העובדים וכן את סכום דמי הביטוח הכולל שיש לשלם בעבורם. אופן הגבייה האמור, כך נטען, לא איפשר ייחוס פרטני של דמי הביטוח שנגבו מהמעסיקים – לעובדים שבעבורם נגבו דמי הביטוח, ומנע, למעשה, התחקות אחר מלוא ההכנסה שבגינה שולמו למל"ל דמי הביטוח עבור כל אחד מהעובדים.

משכך, בקרות אירוע מזכה – המל"ל נהג לשלם לעובדים "גמלאות מחליפות שכר" (כגון: דמי פגיעה בעבודה, קצבת נכות מעבודה, קצבת תלויים, דמי אבטלה, דמי לידה, גמלה לשמירת הריון ותגמולי מילואים; לעיל ולהלן: גמלאות מחליפות הכנסה, או: גמלאות מחליפות שכר), בהתאם לשכר שהיה נקוב בתלושי השכר שבידיהם. שכר זה לא שיקף, כאמור, את מלוא סכום ההכנסה שאמורה היתה לשמש בסיס לתשלום הגמלה ושבגינה המל"ל גבה, בפועל, דמי ביטוח עבור העובדים, בעקבות ביקורות הניכויים.

8. כפועל יוצא מההתנהלות המתוארת לעיל (אשר מבקר המדינה מצא לנכון להעיר בעבר על אודות אי-תקינותה), ובשים לב לכך שהעובדים כלל לא היו מודעים לחוסר הקיים בתלושי השכר שלהם ולגבייה הנעשית ממעסיקהם בגדרי ביקורות הניכויים האמורות – עלה בידי המל"ל לגבות במהלך שנות פעילותו של האגף לביקורת ניכויים, ולהחזיק בידיו, על פי הנטען, שלא כדין, דמי ביטוח בהיקף מצטבר של מיליארדי שקלים, אשר לא שימשו למטרה שלשמה המל"ל הוסמך לגבותם, ושכנגדם – לא שולמו במלואן גמלאות מחליפות הכנסה למי שהיה זכאי לקבלן.

כאן המקום לציין כי מנתונים שנמסרו לבאי-כוח ההסתדרות מאת הממונה על העמדת מידע לציבור במוסד לביטוח לאומי – עולה כי בשנים 2008 ו-2009 לבדן, המל"ל

**גבה** בגדרי ביקורות ניכויים, בדרך המתוארת לעיל, דמי ביטוח בסכום מצטבר של כ-375,000,000 ש"ח.

9. מכתב התביעה ומן החומר שהוגש לבית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד בגדרי הבקשה לאישור התביעה כייצוגית, עולה כי מאז הקמתו של האגף לביקורת ניכויים במל"ל לפני למעלה מ-20 שנה, המל"ל לא פעל כדי לוודא שלעובדים שכירים תשולמנה גמלאות מחליפות הכנסה בהתאם להכנסתם המלאה, קרי בהתחשב בהכנסות הנוספות שבגינן נגבים מהמעסיקים דמי ביטוח במסגרת ביקורות ניכויים. נוהג זה נמשך, על-אף ניסיונות שונים שנעשו בעבר על-ידי גורמים שונים מתוך המערכת לתקן את העיוות הקיים, וחרף מסקנותיו והמלצותיו של מבקר המדינה בעניין, ופניותיה של ההסתדרות הכללית למל"ל בנושא, עובר להגשת התובענה לבית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד ובסמוך לאחריה.

עוד עולה מכתב התביעה ומצרופותיו כי מפאת פערי המידע הנ"ל – לא נתקבלו בעבר במל"ל פניות של עובדים בבקשה כי ישולמו להם הפרשי גמלאות מחליפות הכנסה, בעקבות חיובי מעסיקיהם בביקורות הניכויים ובהתחשב בכספים שהמעבידים העבירו לצורך השלמת החוסרים שהתגלו.

כאן המקום לציין עוד כי המשיבה תמכה את טענותיה בתובענה הייצוגית, בין היתר, בתצהיר של מר משה כנפו, אשר כיהן במשך כ-16 שנים בתפקיד מנהל מחלקה באגף ביקורת ניכויים של המל"ל, שבגדרו נכתב, בין השאר, כדלקמן:

"... במהלך השנים אני, כמו גם גורמים נוספים מתוך המערכת התרענו בפני המוסד לגבי המצב האבסורדי והבעייתי הקיים... ואף ניסינו למצוא לבעיה זו פתרון, ואולם המוסד אשר 'נהנה' מהמצב בו הוא גובה דמי ביטוח בסכומי עתק 'נטו' מבלי לשלם בצדם הפרשי גמלאות, דחה את הניסיונות הנ"ל".

10. במסגרת התביעה, שעילתה התבססה בעיקר על הוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט) – ההסתדרות ביקשה מבית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד לעשות שימוש בסמכויותיו, לרבות סעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, כדי להשיג את שתי המטרות הבאות:

האחת: לגרום למל"ל לשנות את ההתנהלות המתוארת לעיל ולתקן את העיוות שנוצר בעטייה;

השנייה: לאפשר לחברי הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה – עובדים ששולמו בעדם דמי ביטוח בגין הכנסות שלא קיבלו ביטוי בתלושי השכר שלהם, אשר לאחר קרות אירוע מזכה תבעו וקיבלו גמלה על בסיס מה שצוין בתלושי השכר שלהם (מבלי ששולמה להם גמלה בעד מלוא ההכנסות הנ"ל, על אף שהיו זכאים לקבלה) – לממש את זכותם לקבל את יתרת הגמלה המגיעה להם, למצער בקירוב, זאת בדרך של השבת סכום הפרשי הכספים שנותרו בידי המל"ל בעקבות ביקורות הניכויים, דהיינו: ההפרש בין הגמלה המחושבת לפי מלוא ההכנסה (המהווה בסיס לתשלום גמלאות מחליפות הכנסה, בהתחשב בהכנסות שלא קיבלו ביטוי בתלוש השכר ושכגינן שולמו למל"ל כספים במסגרת ביקורות ניכויים), לבין הגמלה ששולמה על בסיס השכר המופיע בתלוש השכר שהונפק לעובד, ולו על בסיס ייחוס ממוצע של ההכנסות הנוספות לפי מספרם של העובדים.

לטענת ההסתדרות, הסכום הנ"ל, בשנתיים שקדמו למועד הגשת הבקשה לאישור (על פי החסם שבסעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות) – הגיע, במצטבר, ועל דרך האומדנה, לכדי 111.5 מיליון ש"ח בקירוב (להלן: סכום ההשבה שנתבע).

הבקשה לסילוק על הסף והחלטת בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד

11. בתגובה לבקשה לאישור התובענה כייצוגית, המל"ל הגיש בקשה לסילוק התובענה הייצוגית על הסף, מן הטעם שהיא איננה תביעה שניתן להגיש בה בקשה לאישור תובענה ייצוגית, לפי הוראות סעיף 3(א) והתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. זאת, לטענת המל"ל, מאחר שלא מדובר בתביעה להשבתם של כספים שנגבו ביתר, או שלא כדין, כמס, כאגרה, או כתשלום חובה אחר – לידי מי ששילם אותם (שכן דמי הביטוח נגבים מהמעסיקים ולא מהעובדים), אלא בתביעה לתשלום "הפרשי גמלאות", או פיצויים, שעילתה היא: הפעלה, או אי-הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות, שלגביה נקבע בחוק מפורשות כי לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית בגינה (ראו: סעיף 3(א) לחוק).

12. בית המשפט קמא הנכבד מצא כי: "הדברים אינם כה ברורים או פשוטים", כפי שנטען על-ידי המל"ל, וכי בנסיבות העניין אין מקום להורות על סילוקה של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית על הסף, טרם שנערך דיון בבקשה לגופה.

כנגד החלטה זו הגיש המל"ל את הבקשה למתן רשות ערעור שבכותרת.

הבקשה למתן רשות לערער

13. הבקשה, התגובה לה ועמדת היועץ המשפטי לממשלה שהתייצב להליך בהתאם לסמכות המסורה בידי מכוח הוראת סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] (להלן: פקודת התייצבות היועמ"ש), עוררו שתי סוגיות עיקריות כדלקמן:

האחת: האם התביעה שהוגשה כנגד המל"ל ושאותה ביקשה המשיבה לנהל כתובענה ייצוגית – אכן ניתנת להגשה ככזו, בהתחשב בהוראת סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות ובהוראת פרט 11 לתוספת השנייה לחוק האמור, שעניינו, כאמור, ב"תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר".

השנייה: האם החלטתו של בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד שלא לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית על הסף, היא מסוג "ההחלטות האחרות" שלגביהן ניתן לבקש רשות ערעור בפני בית משפט זה, בהתחשב בהוראת סעיף 12 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

14. בפתח הדיון בבקשה שבכותרת, שהתקיים בשעתו, בפני הרכב בראשות חברתנו, כב' השופטת ע' ארבל, ניתנה רשות ערעור בסוגיות הנ"ל. ההתייחסות לבקשה תהא איפוא מכאן ואילך כאל ערעור, והמבקש בה יכונה מכאן ואילך – המערער.

15. זה המקום להוסיף ולציין כי לאחר שיג ושיח שנוהל עם הצדדים בדיון הנ"ל ובהתבסס על חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: היועמ"ש) – שנדרש לעניין, לאחר שהודיע על התייצבותו לדיון מכוח סעיף 1 לפקודת התייצבות היועמ"ש – הצענו לבאי כוח הצדדים לפעול ליישום המלצות היועמ"ש. באלו נכתב, כי היועמ"ש הנחה את המל"ל לשקוד על קביעת נהלים מתאימים ודרכי פעולה, אשר יבטיחו כי תהא הלימה בין דמי הביטוח המשולמים אגב ביקורות ניכויים לבין גובה השכר שעל-יסודו תחושב ותשתלם הגמלה לעובד, כשמתגבשת אצלו הזכאות לגמלה. בתוך-כך, הורינו על דחיית הדיון בערעור עד לאחר שתוגשנה על ידי הצדדים הודעות עדכון ביחס להתקדמות יישום הנהלים. כמו-כן הורינו כי ההליכים בתובענה הייצוגית בבית המשפט המחוזי – יופסקו עד להחלטה אחרת.

16. להלן נפרט התפתחויות נוספות שחלו בתיק לאחר הגשת הבקשה למתן הרשות לערער ולאחר הדיון הראשון הנ"ל.

הודעת המל"ל בדבר חדילה מאופן הגביה שנהג והשבת כספים לזכאים

17. בתאריך 08.04.2013, בחלוף למעלה מ-3 שנים לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, הודיענו המל"ל כי החל מחודש ינואר 2013 הוא מפעיל מערכת המבוססת על נהלי עבודה מפורטים וכן תוכנת מחשב, שפותחה על דעתו של היועמ"ש (בעקבות ההליך). המערכת האמורה מספקת פתרון למצב הדברים שתואר לעיל ומאפשרת תשלום הפרשי גמלה, ביחס לגמלאות מחליפות הכנסה, וזאת בהתאם להכנסות הנוספות, שהתגלו בביקורות הניכויים ולדמי הביטוח שנגבו מהמעסיקים בגינן.

עוד הודיענו המל"ל כי הוחלט – לפנים משורת הדין, לשיטתו, ומבלי שיהא בכך משום הודאה באיזו מהטענות שהועלו בתביעה: "להחזיר כספים לעובדים" הזכאים לכך (ההדגשה שלי – ח"מ), שקיבלו גמלאות מחליפות הכנסה משנת 2003 ואילך וכי: "המוסד הוציא הנחיות פנימיות מתאימות לביצוע האמור לעיל, אשר חלקן כבר בוצע, לרבות השבת כספים" כאמור (ההדגשה שוב שלי – ח"מ).

בנסיבות המתוארות לעיל, ומאחר שלשיטתו של המל"ל – התביעה לא באה בגדר פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות ולא ניתן לפיכך לאשרה כתובענה ייצוגית – עתר המל"ל לקבלת הערעור, תוך חיוב ההסתדרות בהוצאות ושכר-טרחת עו"ד. ממילא סבר המל"ל כי אין מקום לפסוק גמול להסתדרות ושכר-טרחת עו"ד לבאי-כוחה.

בקשת המשיבה לפסיקת גמול ושכר-טרחת עו"ד לפי חוק תובענות ייצוגיות

18. בתגובה להודעה הנ"ל – ההסתדרות טענה כי מבחינה מהותית התביעה והבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית השיגו את מטרתן, וכי המל"ל נעתר, למעשה, בעקבות הגשת ההליך (ולא מכל סיבה אחרת שהיא) לכל הסעדים שנתבקשו בגדר התובענה (ואף מעבר לכך). בהקשר זה צוין כי על-פי הצהרות שמסר סגן מנהל קצבאות וגמלאות במל"ל מעל גלי האתר, בראיון שנערך עמו – המל"ל השיב לזכאים כספים בסכום כולל של למעלה מ-50 מיליון ש"ח, לכ-380 אלף עובדים במשק (וכל זאת בעקבות הגשת ההליך).



בנסיבות אלה ההסתדרות טענה כי אין לומר שהתביעה, מלכתחילה, לא היתה מוצדקת ולא היה ראוי להגיש בקשה להכיר בה כתובענה ייצוגית. בתוך-כך המשיבה גרסה עוד כי יש לראות בשינוי שחל בהתנהלותו של המל"ל בעקבות הגשת התובענה משום הודאה בטענות שהועלו במסגרתה. עם זאת, ההסתדרות סברה כי משהושגה מטרתה של התובענה הייצוגית, אין עוד טעם בכירורה ומן הראוי לאפשר את מחיקתה, תוך חיוב המל"ל בתשלום גמול להסתדרות ושכר-טרחת עו"ד לבאי-כוחה, ובכפוף לכך – להורות גם על מחיקתו של הערעור, שהפך בינתיים, לתיאורטי.

19. באשר לגובה שכר-הטרחה הראוי, בנסיבות העניין נטען על-ידי באי-כוח המשיבה כי זה צריך להיות בשיעור של כ-10% מהסכום שבו זוכו חשבונותיהם של העובדים בהפרשי גמלאות כתוצאה מדמי הביטוח הנוספים שהמל"ל גבה במסגרת ביקורות ניכויים משנת 2003 ואילך.

באשר לגובה הגמול הראוי – ההסתדרות טענה כי, בנסיבות העניין, זה צריך להיות בשיעור של כ-3% מהסכום הנ"ל.

הדרישה האמורה, על שני מרכיביה, תכונה להלן: הבקשה לפסיקת גמול ושכ"ט.

20. המל"ל התנגד ומתנגד לבקשה לפסיקת גמול ושכ"ט וטוען כי יש לדחות אותה על הסף, בשל האופן שבו היא הועלתה וכן לגופה. יתר על כן המל"ל גורס כי דווקא הוא זכאי לפסיקת הוצאות לטובתו.

בהקשר זה נטען כי מלכתחילה התביעה לא הייתה כשירה להיות מוגשת כתובענה ייצוגית, באשר היא איננה באה בגדר איזה מבין הפרטים המנויים ברשימה הסגורה שבתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. בנסיבות אלה, כך נטען, ממילא אין מקום לפסיקת גמול ושכ"ט לפי הכללים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות ובהתאם לאמות המידה שהותוו בפסיקה המתייחסת לתובענות ייצוגיות. במיוחד אמורים הדברים, לשיטת המל"ל, בנסיבות שבהן עמדה בפני ההסתדרות דרך חלופית אפקטיבית להגשמת תכליתה של התובענה הייצוגית – באמצעות פנייה בעתירה לבית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

כן נטען כי בכל מקרה, לעניין הסכום שממנו אמורים להיגזר הגמול ושכר-הטרחה (ככל שייפסקו) – אין להביא בחשבון כספים החורגים מהסכום שבית המשפט רשאי היה לחייב את הרשות בתשלומו לפי סעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות, המורה כך:

"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".

המל"ל מטעים בהקשר זה כי במקרה הנוכחי הוא בחר לשלם מיוזמתו את הסכום שממנו מבקשת ההסתדרות לגזור את שכר-הטרחה והגמול (סך הפרשי הגמלאות ששולמו לזכאים בעבור תקופה של 7 שנים, ולא בעבור שנתיים בלבד) – מבלי שהיה חשוף במסגרת התובענה הייצוגית, אף אם הייתה מתאשרת – לסיכון כי יחויב, בסופו של ההליך המשפטי, ב-5 השנים הנוספות.

21. היועמ"ש הביע את עמדתו שלפיה: "התובענה הייצוגית דנן אינה עומדת בתנאי תובענה ייצוגית נגד רשות כמתואר בחוק תובענות ייצוגיות...". וכן כי לא היה מקום להגשת הבקשה לאישורה של התביעה כתובעה ייצוגית, באשר היא: "איננה תביעה להשבת סכומים שנגבו אלא תביעה לתשלום הפרשי גמלה שלא שולמו מעולם". בהמשך נטען כי "הגם שהתובענה הציפה סוגיה אמיתית", ו"הצביעה על כשל אשר תוקן בעקבותיה", בכל זאת "עצם העובדה כי המוסד שינה את דרכו בעקבות הגשת התובענה" – איננה יכולה לשמש אמתלה "להכניס את התביעה תחת המטרייה" של חוק תובענות ייצוגיות (כל ההדגשות בעמדת היועמ"ש לעיל ולהלן – שלי – ח"מ).

משכך, היועמ"ש סבר כי אין מקום לפסיקת גמול להסתדרות לפי סעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות, וכי הסכומים המקובלים לפסיקת שכר-טרחת עו"ד בתובענות ייצוגיות כלל אינם שייכים לעניין. עם זאת, היועמ"ש הוסיף כי: "אין היועץ טוען כי יש להשיב את ידי ההסתדרות ריקם", אלא שלשיתתו: "לכל היותר, יש להשוות את המקרה דנן לעתירה לבג"צ, אשר הביאה לשינוי בידי הרשות נגדה הוגשה העתירה" ולפסוק הוצאות לטובת המשיבה בהתאם לסדרי-הגודל של הסכומים הנפסקים בגדרי עתירות כאלו.

22. לאחר הדברים הללו, ההסתדרות ערכנה שבעקבות פנייתה למל"ל בבקשה לקבלת מידע לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק חופש המידע), נמסר לה כי: "הסכומים שהוחזרו לעובדים שכירים" (ההדגשה שלי – ח"מ) על-ידי המל"ל מגיעים לכדי 48 מיליון ש"ח בקירוב. להודעת העדכון צורף חוזר של מינהל הגמלאות במל"ל (חוזר מס' 3/2013), הנושא את הכותרת: "גמלאות מחליפות שכר – תביעה ייצוגית", אשר פתח-הדבר שבו סוקר, בתמציתיות, את הרקע לעריכתו, ולא מיותר להביא ממנו ציטוטים אחדים, כמעין סיכום-ביניים של הדברים עד הנה. וכך נכתב שם, בין היתר:

“על פי חוק הביטוח הלאומי, חלה על המעסיקים החובה לשלם למוסד לביטוח לאומי דמי ביטוח עבור כל עובדיהם, בהתאם להכנסה המלאה מכל מקור כמפורט בסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה, ולהציג בתלושי השכר את כל רכיבי ההכנסה, כמתחייב מסעיף 24 לחוק הגנת השכר, ובכלל זה גם הטבות שוות כסף, כגון: נסיעות לחו"ל, ארוחות וכד'.

המוסד עורך כידוע, מעת לעת, בקורת ניכויים אצל המעסיקים ומגלה אי רישום ואי דיווח של הטבות שוות כסף שניתנו לעובדים, שבגינן לא שולמו דמי ביטוח. בעקבות הביקורת, מחייב המוסד את המעסיקים לשלם את דמי הביטוח באופן גלובלי, ללא ייחוס פרטני של כל רכיב ששולם בפועל לכל עובד.

הטבות אלה היו אמורות להגדיל את ההכנסה המהווה בסיס לתשלום גמלאות מחליפות שכר, וכתוצאה מכך, היה מקום לבצע תשלום של הפרשים בגמלאות מחליפות השכר. אולם, המוסד מצידו, לא שילם עד כה לעובדים את הפרשי הגמלאות מחליפות השכר בהיעדר שיוך פרטני של הטבות השכר, אשר ניתנו לעובדים ולא הוצגו בתלושי השכר שלהם.

ביום 24.1.10 הגישה ההסתדרות הכללית תביעה כנגד המוסד, וביקשה לאשר אותה כתובענה ייצוגית. ההסתדרות ביקשה להורות למוסד לקבוע, בעבור כל אחד מהמעסיקים בקבוצה המיוצגת את שיעור ההפרש הממוצע אשר היווה בסיס לתשלום דמי ביטוח ולשלם את הפרשי הגמלאות באופן ממוצע לכל אחד מהעובדים, אשר קיבל באותן שנים גמלה מחליפת שכר.

הדיונים בעצם ההכרה בתביעה כתובענה ייצוגית שהגיעו לבית המשפט העליון, טרם הסתיימו. בדיון אשר התקיים בתאריך 26/11/12 הוצע לבאי כח הצדדים ליישם את המלצותיו של היועץ המשפטי לממשלה ולשקוד על נהלים מתאימים ודרכי פעולה, אשר יבטיחו כי תהא הלימה בין דמי הביטוח המשולמים בעקבות בקורת ניכויים, לבין גובה השכר שעל יסודו תחושב ותשולם הגימלה לעובד, כשמתגבשת אצלו הזכאות לגימלה...

**בדיונים שהתקיימו בין המוסד לביטוח לאומי לבין משרד המשפטים סוכם לשלם לעובדים הפרשי גמלאות על בסיס יחוס ממוצע של ההטבות, למרות שההטבות לא שויכו לעובדים שקיבלו אותם בפועל”.**  
(ההדגשות והקיצורים שלי – ח"מ).

23. לנוכח ההודעות, הבקשות והתגובות שנאספו כנ"ל – התיק נקבע לדיון המשך, וזה נערך בפנינו, בתאריך 02.06.2014. בדיון האמור ניסינו לקרב בין עמדות הצדדים ולהביאם לעמק השווה בנושא הגמול ושכר-הטרחה לעורכי הדין, באופן שייתר את הצורך בהכרעה במכלול, ואולם הדבר לא הסתייע, לנוכח הפערים שנתגלעו.

במהלך הדיון הנ"ל הטעים בא-כוח ההסתדרות הכללית כי טרם הגשתה של התובענה הייצוגית (ואף לאחר מכן) “הושקעו מאות שעות עבודה וחשיבה” (על פי

הנטען מדובר ביותר מ-700 שעות עבודה) בשאלה: מהי "הדרך הראויה והנכונה" לקבלת סעד אפקטיבי בנסיבות המקרה דנן, וכן בהכנתה של התובענה הייצוגית ובהליכים שנוהלו. לדבריו: "השיקול המרכזי" שעמד מאחורי ההחלטה לפסוע בדרך הדיונית שנבחרה (במקום לפנות בעתירה לבג"ץ, למשל) היה הצורך: "להגיש תובענה שמטרתה כספית, קרי להחזיר לחברי הקבוצה את הכספים המגיעים להם". בתוך-כך נטען כי מאחר ש"ההליך הבג"צי יכול לתקן את הדברים מכאן ואילך, אך לא יכול להעניק סעד כספי" – הוגשה התביעה במתכונת שבה נפתח ההליך.

לשם השלמת התמונה אציין כי בתאריך 25.03.2015, המשיבה הגישה, לאחר שנטלה רשות לעשות כן, הודעה מטעמה, שבגדרה היא עדכנה כי מהתשובה של הממונה על חוק חופש המידע במל"ל מתאריך 15.03.2015, עולה שבסך-הכל שולמו הפרשי גמלאות לזכאים, שנבעו מחיוב המעסיקים בביקורת ניכויים בגין השנים: 2003-2010, בסכום כולל (בצירוף הצמדה – ח"מ), אשר עמדו על סכום של: 68,701,293 ש"ח. זהו, על-פי טענתה של ההסתדרות, סכום ההשבה, שממנו צריכים להיגזר, בנסיבות, הגמול ושכר-הטרחה המגיעים, לשיטתה – לה ולבאי-כוחה.

24. עוד ראוי להביא לידיעה את הנתונים הבאים:

(א) בעקבות פסק דינו של בית משפט זה מתאריך 30.08.2015 ב-בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (להלן: עניין הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל) – הצדדים התבקשו להתייחס לשאלה אם יש לפסק הדין האמור השלכה על הסוגיה הצריכה הכרעה כאן, על כל הכרוך בה, והם אכן עשו כן וגישותיהם בהקשר זה תשולבנה, במידת הצורך, בהמשך.

(ב) פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון בארצות הברית בתאריך 21.05.2018 בעניין *National Labor Relations Board v. Murphy Oil USA, Inc.* (להלן: עניין NLRB) עסק בסוגיות שיש להן קירבה מסוימת לענייננו. הפניתי את תשומת לב הצדדים לפסיקה זו וביקשתי מהם להתייחס להשלכותיה, אם בכלל, על הערעור שלפנינו, ובמקביל הצעתי להם לנסות ולבחון שוב הסדרי פשרה שונים במכלול משום דרכי שלום.

באי-כוח הצדדים וכן בא-כוח היועמ"ש הגיבו במסמכים הנזכרים בכותרת (לאחר ארכות שונות שניתנו להם) ביחס להשלכות עניין NLRB על התיק שבכאן, והוסיפו השלמות שונות לגבי פסיקה ישראלית שיצאה בינתיים, וחידדו את תחשיביהם בהתאם. יחד עם זאת הם הודיעו כי פשרה לא נסתייעה, ולפיכך התיק עבר לעיון.

25. עתה, לאחר שנסקרו ההליכים, טענות הצדדים וההתפתחויות שחלו במכלול –  
אעבור לליבון הדברים.

מיקוד הסוגיה הטעונה הכרעה

26. מהסקירה שהובאה לעיל עולה כי לסוגיה המהותית שעמדה בבסיס ההליך –  
ניתן, בסופו של יום, פתרון מניח את הדעת, והכשל שעליו הצביעה הבקשה לאישור  
תובענה ייצוגית, תוקן, בעיקרו. המל"ל שינה, בפועל, את התנהלותו, מושא התובענה  
הייצוגית, ואף העניק בקירוב לציבור הזכאים – את הסעד הכספי שלשמו ביקשה  
ההסתדרות לאשר את תביעתה כייצוגית (המל"ל אף שילם, על-פי טענתו, מעבר למה  
שניתן היה לפסוק כנגדו על פי דין במסגרתה של תובענה ייצוגית).

בנסיבות אלו – אין צורך לפסוק במישרין בחלק מהסוגיות שעמדו ביסוד

הערעור. עם זאת, השאלות שנותרו להכרעתנו, כפי שציינתי כבר בפתח דבריי, הן:  
האם בנסיבות המקרה הנוכחי ההסתדרות ובאי-כוחה זכאים לקבלת גמול ושכ"ט עו"ד  
(בהתאמה), כמקובל בתובענה ייצוגית, אשר השיגה את מטרתה, או אם יש לפסוק פה  
הוצאות-משפט ושכ"ט עו"ד על פי אמות מידה אחרות כלשהן, ואם כן – באיזו מידה;  
או שמא, כטענת המל"ל – יש דווקא לקבל את ערעור המל"ל ולהשית על ההסתדרות את  
הוצאות-המשפט (לרבות שכ"ט עו"ד), שבהן נאלץ המל"ל לשאת, בעקבות הבקשה  
שהוגשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית, וזאת אף שלא היה לבקשה בסיס ראוי בדין.

27. על פניהן, השאלות הנ"ל אינן מצריכות, לכאורה, הכרעה פסקנית בסוגיות  
המהותיות שעלו בתביעה גופה (ראו: פסקאות 10 ו-11 שלעיל), כמו-גם בקושיות  
הדיוניות הנוספות שביחס אליהן ניתנה רשות הערעור (ראו: בפסקאות 13 ו-14 שלעיל).  
זאת מאחר שעם מתן פתרון מעשי לעניין המרכזי, שעמד בבסיס ההליך – שוב אין עוד  
טעם והצדקה לניהולה של התביעה בכלל וכתובענה ייצוגית בפרט. כמו כן, הדיון  
בערעור על החלטתו של בית המשפט קמא הנכבד, שלא לדחות את הבקשה לסילוקה על  
הסף – הפך עתה לעיוני (וכידוע, ככלל אין זה מדרכו של בית משפט זה לקיים דיונים  
תיאורטיים בנושאים שנפתרו בינתיים). לכן חבל שהצדדים לא נענו לבקשותינו כי יגיעו  
להסדר משום דרכי שלום ביניהם לגבי שכר-הטרחה והגמול, או יצמצמו את המחלוקת  
רק לסוגיה זו, תוך השארת הנושאים האחרים לעת מצוא. משלא נעשה כן – דומה עלי  
כי לא ניתן להשיב מענה ראוי לסוגיית הגמול ושכר-הטרחה, מבלי להידרש לשאלה אם  
התנהלותם, המהותית והדיונית, של שני הצדדים כאן – לרבות: הגשת בקשת ההסתדרות

לאישור התביעה כתובענה ייצוגית מזה, והגשת הבקשה לסילוק על הסף של המל"ל (וכן של הבקשה למתן רשות ערעור, שבאה לאחר שעתירת המל"ל הנ"ל לא נתקבלה), מזה – אכן היו נכונות ומוצדקות מבחינה משפטית. טעם הדבר הוא כפול:

א. הצדדים מעלים בעמדותיהם המנוגדות – טענות היורדות לשורש סמכות ההליך.  
 ב. האופן שבו בעל-דין בחר להתנהל, בגדרו של ההליך המשפטי ועובר לו – מהווה שיקול משמעותי בהכרעות שעניינן פסיקת הוצאות-משפט (והשוו: תקנה 512(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי, כרך ב' 1608-1593 (מהדורה שלוש עשרה, התש"ף-2020) (להלן: גורן)).

28. מעבר לכך – קיים שוני מהותי בין "מסלולי התגמול" הנפרדים, האפשריים בנסיבות (הן במישור סמכותו של בית המשפט בגדרי כל אחד מהם, והן במישור השיקולים שעל בית המשפט לקחת בחשבון בבואו לקבוע את סכום התגמול הכספי), ואבהיר:

בתובענות "רגילות" – בית המשפט מוסמך לפסוק לטובת בעל הדין שזכה בהליך, הוצאות משפט (לרבות שכ"ט עו"ד) בתור שיפוי, מלא או חלקי, בעבור חסרון הכיס הריאלי שנגרם לו בעקבות הצורך בניהולו של ההליך המשפטי.

מנגד, כאשר התובענה באה תחת חסותו של חוק תובענות ייצוגיות – בית המשפט כפוף להוראותיו של חוק זה והוא מוסמך (ולעיתים חייב) לפסוק הן גמול אישי לתובע הייצוגי והן שכר-טרחה לבא-הכוח המייצג בעבור הטיפול בתובענה הייצוגית, לרבות בבקשה לאישורה. המדובר ברכיבים שלכאורה בדין הכללי אין עילה מפורשת (ולא כל שכן חיוב) להענקתם, **שלא** במסגרת חוק תובענות ייצוגיות. בקביעת רכיבים אלה על-פי חוק תובענות ייצוגיות – אין בית המשפט מוגבל לגובה ההוצאות הריאליות שנדרשו להוציא התובע המייצג ובא-כוחו לשם ניהולו של ההליך, שכן **תכלית הענקתם** איננה זהה בהכרח למטרה של פסיקת הוצאות-משפט "במסלול הרגיל" (עיינו עוד: אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 706-672 (התשע"ח-2017) (להלן: פלינט וויניצקי, תובענות ייצוגיות); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א' 220-222 (מהדורה שלישית, 2015) (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור, כרך א')).

29. הנה כי כן, בענייננו "הא בהא תליא". לא ניתן להכריע באופן מושכל בבקשת ההסתדרות הכללית לפסיקת גמול ושכ"ט, או בבקשת המל"ל לפסוק הוצאות לזכותו,

מבלי לדון ולהביע דעה, ולו ברמה הלכאורית, בסוגיות העולות מן הערעור לגופו ומאופן התנהלותם של הצדדים בפרשה (הן במישור המהותי והן במישור הדיוני).

לליבון הדברים אפנה איפוא כעת.

דיון והכרעה

30. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:

3. (א) 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 לפיצויים 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 לעניינים מינהליים.

כפי שהובהר על-ידי בית משפט זה לא פעם ביחס לסעיף הנ"ל: "המחוקק הגביל את העילות בגינן ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית והגדיר בחוק תובענות ייצוגיות – מהן העילות המאפשרות שימוש בחוק זה, בתוספת השנייה לחוק. הרשימה המופיעה בתוספת השנייה היא סגורה ולא ניתן להגיש תובענה ייצוגית בעילה שאינה נכללת בה" (ראו: ע"א 4345/10 איתמר מחלב – רואה חשבון – חברה בפירוק מדצון נ' מדינת ישראל – רשות המיסים בישראל, פסקה 8 והאסמכתא הנזכרת שם (20.11.2012)). עוד הוטעם בהקשר זה כדלקמן:

"סעיף 3 תוחם, איפוא, את המצבים בהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית בהתאם לעילות הפרטניות המנויות בתוספת השניה לחוק. כן מצמצם סעיף 3 את עילות התביעה נגד 'רשות' וקובע כי לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית לפיצויים נגד המדינה או רשות אחרת כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט מינהליים), בגין נזקים שנגרמו על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי-הפעלת סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה ביחס לאותו צד שלישי. בהתאם לסעיף 2 לחוק בתי משפט מינהליים, 'רשות' היא כל 'רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין'". (ראו: בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (22.08.2011) (להלן: עניין כהן)).

31. התובענה הייצוגית הוגשה בענייננו על-פי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, הקורא כך:

”11. תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה, או תשלום חובה אחר”.  
(ההדגשות שלי – ח”מ).

הנה כי כן, כדי שתביעה לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות תוכר ככזו שניתן להגיש בה בקשה לאישור תובענה ייצוגית – צריכים להתקיים בה ארבעה יסודות “חיוביים” מצטברים, כדלקמן:

(א) המדובר בתביעה נגד רשות, כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים;

(ב) עילתה של התביעה היא גביית כספים שלא כדין על-ידי הרשות, ופה השאלה היא האם גם החזקת כספים שלא כדין, אחרי שנגבו, באה בגדר ההוראה;

(ג) מושא החזרת המבוקש הוא סכומים שהרשות גבתה (או החזיקה) שלא-כדין כמס, אגרה, או תשלום חובה אחר;

(ד) הסעד (העיקרי) הנעתר בגדרי התביעה הוא השבה של סכומי הכסף שהרשות גבתה (או החזיקה) שלא כדין, כאמור, כולם או מקצתם.  
(עיינו והשוו: דנ”מ 5579/15 יונס נ’ מי הגליל – תאגיד המים והביוב האיזורי בע”מ (17.12.2019) (להלן: דנ”מ מי הגליל)).

לצד היסודות “החיוביים” הנ”ל, הנדרשים כתנאי להכרה בתביעה נגד “רשות” כתובענה ייצוגית, צריך להתקיים בה יסוד נוסף, “שלילי”, והוא – שאין מדובר בתביעה לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה, או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה, או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי.

היסודות הנ”ל יכתיבו, איפוא, את מהלכו של הדיון בענייננו, ולו בראשיתו. כאן המקום לציין כי אין בין הצדדים שלפנינו מחלוקת שהמל”ל הוא אכן “רשות”, כהגדרתה בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים; בנוסף, נראה כי אין חולק על כך שסכומי הכסף שביחס אליהם הוגשה התובענה הייצוגית הם בגדר “תשלומי חובה”, שהמל”ל מחויב לגבות (מהמעסיקים – כדמי ביטוח עבור עובדיהם), מחד גיסא, ולשלם על פיהם גמלאות מחליפות הכנסה לעובדים-המבוטחים (בקרורות “אירוע מזכה”), מאידך גיסא.

משכך, בגדרי בדיקת השאלה אם ניתן היה להגיש תובענה ייצוגית בענייננו – אדרש לבחינתם של היסודות השונים הנזכרים לעיל. כן אתייחס לאופן התנהלותם של הצדדים במסגרת ההליך שבפנינו, ולנפקותה של ההודעה שנמסרה לנו על-ידי המל”ל (בעקבות הערותינו בגדרי הדיון הראשון בבקשה), ולאחר ההתפתחויות שחלו במכלול ואשר נסקרו קודם לכן. לנוכח ממצאי הבחינה הנ”ל, אכריע, בסופו של דבר, בשאלה



הממשית שנותרה להכרעה לפתחנו, והיא: גורל הבקשה לפסיקת גמול ושכ"ט, או לפסיקת הוצאות לטובת המל"ל.

32. אקדים ואומר כי לאחר עיון במכלול החומר הרב המונח בפנינו, שמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים בעל-פה, וההשלמות שהוגשו – הגעתי למסקנה כי דין הערעור שהגיש המל"ל להידחות, ודין הבקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית שהגישה ההסתדרות – להימחק בנסיבות, והכל תוך חיוב המל"ל בתשלום גמול למשיבה ושכר-טרח לבאי-כוחה – בשיעורים שיפורטו בפיסקאות 84-87 שלהלן.

אביא להלן את הנימוקים למסקנתי זו, בהתאם לשלבי הבחינה שפורטו לעיל.

תביעה שניתן להכיר בה כתובענה ייצוגית

33. לשיטתי, די בדברים שנכתבו בחוזר שנערך על-ידי המל"ל עצמו והוזכרו בפסקה 22 שלעיל (ניתן לראות בדברים משום "הודאה במקצת של בעל דין") – כדי להוביל למסקנה שלפיה התנהלות המל"ל בנוגע לגביית דמי ביטוח במסגרת ביקורות הניכויים ובקשר לאי-תשלום הפרשי גמלאות מבוססות הכנסה לזכאים לכך (בעקבות גבייה כאמור) – לקתה, לכאורה, בכשל משמעותי.

התנהלות זו של המל"ל, שנמשכה על פני כ-20 שנה, באה לידי ביטוי ביצירתו של "מסלול צללים" לגבייה, אשר בגדרו נאספו ממעסיקים דמי ביטוח בסכומי עתק של מאות מיליוני שקלים ואולי אף יותר, כאשר המל"ל בוחר להחזיק בהם לאחר גבייתם, מבלי לעשות בהם שימוש, בין היתר, למטרות שלשמן הם יועדו – היינו: חלוקתם לזכאים (בדרך של תשלום הפרשי גמלאות מחליפות הכנסה, לאחר קרות אירוע מזכה). בדרך זו הפיק המל"ל, לכאורה, רווח והתעשר בפועל על-חשבונם של עשרות אלפי עובדים-מבוטחים במשק (עובדים, אשר המל"ל אמור היה להיות אמון, בין השאר, על הבטחת הכנסתם ועל הביטחון הסוציאלי שלהם). דרך פעולה זו (שלא נפסקה חרף ביקורת שנשמעה כלפי המל"ל בהקשר אליה על-ידי מבקר המדינה, אלא כעבור כ-3 שנים לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית) היא לכאורה בבחינת עשיית עושר ולא במשפט, אשר מקימה, בנסיבות, עילה לתביעת השבה, הנכללת בפרט 11 שבתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

עוד עולה כי האשם העיקרי בקיומו של הכשל האמור ובגרימת הנזק שתואר לעיל – לא רובץ בעיקרו לפתחם של המעסיקים, ובוודאי שלא על העובדים, כפי שנטען בתחילה על-ידי המל"ל, אלא היה באחריות של המל"ל עצמו. לאחר קבלת דמי הביטוח האמורים לידיה במסגרת ביקורת הניכויים – המל"ל אף בחר, במשך שנים רבות, שלא

לפעול על-פי המנגנון שהוצע בגדרי הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית, ואשר אומץ בסופו של יום ובשינויים מסוימים, בהתחשב בהערות בית המשפט ובהנחיות היועמ"ש, שהתייצב בהליך. הנה כי כן, המל"ל העדיף להמשיך ולהחזיק בכספים שגבה במסגרת ביקורות הניכויים שערך, במשך תקופה של שנים – שלא למטרה שלשמה הם נגבו, ומבלי לשלם באמצעותם הפרשי גמלאות מחליפות שכר, ולו בקירוב – לאותם עובדים-מבוטחים, אשר היו זכאים לקבלן.

34. זה המקום להדגיש: מתוקף הוראותיו של חוק הביטוח הלאומי, קיימת זיקה בין השכר שממנו מגיעים דמי הביטוח המשולמים למל"ל על-ידי המעסיק בעבור העובד, לבין שיעורי הגמלאות מחליפות ההכנסה, או מחליפות השכר שעל המל"ל לשלם לעובד-המבוטח בקרות אירוע מזכה. גימלאות אלו צריכות להיקבע, כפי שנפסק ב-עב"ל (ארצי) 1166/00 הלפרין נ' המוסד לביטוח לאומי (30.11.2003): "כתמונת מראה' לחיוב בתשלום דמי הביטוח". ראו בהקשר זה גם: עב"ל 205/97 לייטנר נ' המוסד לביטוח לאומי (04.08.1999) וכך: ב"ל (ת"א) 3066/05 נחמיה נ' המוסד לביטוח לאומי (28.12.2006), שבו צוין כי: "ההכנסה עליה מבססים את תשלום דמי הביטוח הלאומי, מהווה בסיס לא רק לגביית דמי הביטוח, אלא גם לתשלום גמלאות, אשר על פי חוק הן יחסיות להכנסה, או מהוות תחליף להשתכרות, או להכנסה. על מנת להגשים את תכלית תשלומן של גמלאות מכח חוק הביטוח הלאומי, יש לבססה על הכנסתו האמיתית של המבוטח". כן עיינו: דב"ע נה/ 14-0 "גדות" תעשיות פטרוכימיות בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כח 514 (1995), שם נכתב בין השאר, כדלקמן:

"התשלום [של דמי הביטוח – ח"מ] נקבע, בדרך כלל באחוזים, על בסיס הכנסתו של המבוטח, על פי פירוט מקורות ההכנסה שנקבעו בחוק ובתקנות לפיו, במסגרת סף מינימום ותקרת מקסימום. בסיס הכנסה זה משמש גם כבסיס לתשלום גימלה מסוג הגימלה שהיא מחליפת הכנסה... מכאן גם החשיבות של שיעור קביעת ה'הכנסה' של העובד, המשמשת כ'תחליף' להכנסתו בעת האירוע המזכה בגימלה מאת המוסד, על פי חוק הביטוח הלאומי"

(ההדגשה שלי – ח"מ).

בתוך-כך צריכה להתקיים הלימה בין הפעלת הסמכות המוקנית למל"ל, על פי החוק – לגבות ממעסיקים דמי ביטוח עבור עובדיהם, בגין מלוא הכנסת העובדים – לבין תכליתה של הגביה האמורה: לשלם לעובדים-המבוטחים גמלאות מחליפות הכנסה, או שכר, בקרות אירוע מזכה, על בסיס הכנסתם המלאה בדיוק, ולמצער – בקירוב. בהיעדר הלימה כאמור, נשמט הבסיס החוקי לפעולת הגביה שנעשתה על ידי המל"ל באופן

שהופך אותה בדיעבד, כשים לב להמשך בהחזקה בכספים – לגבייה שלא כדיון, הגם שהיא נעשתה, מלכתחילה, מכוח הסמכות המוקנית למל"ל על פי החוק.

לשון אחר, כשמדובר בגבייתם של כספים על ידי רשות ציבורית, לא די בכך שפעולת הגבייה תיעשה על פי סמכות שהוקנתה בחוק. מדובר, כמובן, בתנאי הכרחי לצורך הכרה בחוקיות הגבייה, אך לא בתנאי מספיק. עוד נדרש כי הרשות תעשה בכספים שהיא גובה שימוש למטרה שלשמה הם נגבו מלכתחילה. תנאי זה מתחייב לנוכח חובות: ההגינות, תום הלב והנאמנות המוטלות על הרשות כלפי הציבור (עיינו: בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998)).

הנה כי כן, החזקה ושימוש בכספים שהרשות גבתה שלא למטרה שלשמה הוסמכה, היא החזקה הנגועה באי-חוקיות. במישור עקרוני ניתן להסיק זאת מהדברים שנפסקו ב-בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 699-700 (2001):

"קיים קשר הדוק בין סמכות לבין מטרה. לכל סמכות יש מטרה משלה... יש סמכויות שניתן לקרוא להן סמכויות צמודות מטרה, ובהן מטרת הסמכות צריכה להתקיים לא רק בעת הפעלת הסמכות, אלא גם לאחר הפעלת הסמכות..." (ההדגשה שלי – ח"מ).

35. העיקרון הנ"ל, שניתן לכנותו: "עיקרון צמידות המטרה" בין סמכות הגבייה של דמי הביטוח לבין תשלום הגמלאות מחליפות ההכנסה לזכאים לקבלן, מחייב, איפוא, כי בכספים שנגבו מהמעסיקים בגדרי ביקורות הניכויים ייעשה שימוש למטרה החוקית שלשמה הם נגבו, דהיינו, במקרה שלפנינו לצורך: תשלום הפרשי גמלאות לעובדים המבוטחים בעקבות אירוע מזכה. ראו בהקשר זה את הדברים שנכתבו בחוזר שנערך על-ידי המל"ל עצמו, והובאו בפיסקה 22 שלעיל, שלפיהם: "הטבות אלה [שניתנו לעובדים, מבלי שצוינו בתלוש השכר, ועל יסודן נגבו הפרשי דמי הביטוח מהמעסיקים בגדרי ביקורות הניכויים – ח"מ] היו אמורות להגדיל את ההכנסה המהווה בסיס לתשלום גמלאות מחליפות שכר, וכתוצאה מכך, היה מקום לבצע תשלום של הפרשים בגמלאות מחליפות השכר" (ההדגשה שלי – ח"מ). דא עקא, לאחר שהגבייה נעשתה פה על-ידי המל"ל – על פני הדברים במודע – באופן שאיננו מאפשר, שימוש בכספים שנגבו כאמור למטרה הנקובה בחוק הב"ל, ומשהמל"ל המשיך, במשך שנים רבות, להחזיק בכספים שנאספו כאמור, מבלי לשלם באמצעותם הפרשי גמלאות לזכאים – הופר "עיקרון צמידות המטרה". הפרה זו הפכה את החזקה בכספים שנגבו כאמור, תוך מניעתם מהזכאים – לאקט שיש לראות אותו בדיעבד כגבייה: "שלא כדיון" במשמעות פרט 11 לתוספת השניה לחוק, ואת "התעשרותו" של המל"ל בעקבות כך כמי שצמחה לו הכנסה "שלא על פי זכות שבדין" במשמעות סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, המחייבת השבה. עיינו

והשוו: ע"א 7115/14 שרון סירוגה-ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ (03.07.2017) מפי חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות; רע"א 3456/13 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' יונתן שליידר (29.08.2017); דנ"א 7161/17 תומר שני נ' יונתן שליידר (04.02.2018).

36. הנה כי כן במקרה שכזה – אכן קמה, לכאורה, עילת תביעה להחזר הכספים שנשללו ממי שהיה זכאי לקבלם, באופן יחסי לשיעור זכאותו. יפים לענייננו, בשינויים המחויבים, הדברים שכתב השופט ע' בנימיני ב-כש"א (ת"א) 30858/06 פלדמן נ' איגוד ערים (אזור דן) (ביוב) (30.08.2009) (להלן: עניין פלדמן), שם הוא קבע, בין היתר, כך:

"בענייננו, קובע במפורש סעיף 14 לחוק איגודי ערים כי האיגוד רשאי להטיל אגרות והיטלים אך ורק לצורך כיסוי הוצאות הקמתו של מפעל האיגוד והחזקתו (...). לכן, אין לגבות את האגרה לצרכים אחרים, ולאחר שנגבתה אין לעשות בה שימוש אלא למטרה לה יועדה. לאור האמור לעיל, מותנית חוקיות גביית האגרה בכך שהיא נגבית ואף משמשת בפועל לצורכי הביוב של האיגוד. אם מסתבר כי שנה אחר שנה גובות העיריות את האגרה ואינן מעבירות אותה לאיגוד במלואה, והאיגוד עצמו איננו דורש את מלוא כספי האגרה שנגבתה עבורו – המסקנה היא, לכאורה, שהכספים אינם נגבים עוד במלואם למטרה שלשמה הוסמכה הרשות לגבותם. אם כך הם פני הדברים, אין כל סיבה שהכספים לא יוחזרו למשלמי האגרות, ונוצרת יריבות בינם לבין העיריות שגבו את האגרה ונמנעו מלהעבירה לאיגוד... יש בסיס משפטי לטענה כי המטרה הציבורית שעמדה בבסיס גביית האגרה נשמטה, באופן שהמשך הגבייה הפך לבלתי חוקי. בנסיבות אלו עולה יותר מאשר חשש ממשי כי כספי אגרת הביוב האיגודית שימשו בחלקם מטרת שונות של העיריות, שאינן קשורות לביוב האיגודי. אם יוכח כי מדובר בפרקטיקה שנהגה במשך שנים, כפי שעולה לכאורה מן הראיות שהובאו, תהא המסקנה העולה מכך שהעיריות ידעו מלכתחילה, כבר בעת שגבו את האגרה בתקופה נשוא התביעה, כי אין בדעתן להעבירה במלואה לאיגוד... אם הדבר ידוע מלכתחילה, הרי שאי-החוקיות נעוצה לא רק בדרך שהעיריות נוהגות בכספים שגבו כאגרת ביוב, אלא בגבייה עצמה. בנסיבות אלו, ובהתאם לרעיון העומד בבסיס הילכת קרטיק, יהיה ניתן לטעון כי יש להשיב את כספי האגרה לתושבים... במקרה כזה, תקום לכאורה עילת תביעה להשבת כספי אגרת הביוב האיגודית שנגבו בשנתיים שקדמו להגשת התביעה (...)" (ראו: שם, בפסקאות 27-28; ההדגשות שלי – ח"מ).

עיינו גם: פלינט וויניצקי, תובענות ייצוגיות, בעמ' 570, ה"ש 1092 ו-1095 והשוו: ע"א 2841/07 מינהל מקרקעי ישראל נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב-יפו (09.08.2012), שדן בנושא קרוב (של חיוב בחלף היטל השבחה – שלא הועבר לזכאים) ואישר הסדר פשרה שהזכיר בתוצאתו את אשר קרה כאן. פסק דין חלקי זה יקרא בהמשך: עניין ע"א 2841/07.

37. ודוק: הדברים שנכתבו בעניין פלדמן שהובאו בפסקה שלעיל מקבלים משנה-תוקף בענייננו, וזאת לאור יחסי "הקירבה" המיוחדים האמורים להתקיים בין הציבור המבוטח כביטוח סוציאלי לבין המל"ל, אשר נובעים מאופיו ומתכליתו של המל"ל. היחסים האמורים כפופים לחובות: אמון, תום-לב והגינות "עוצמתיות" יותר מאלו החלות בין עוסק, או ספק שירות, לבין צרכן "רגיל". עמד על כך בית-הדין הארצי לעבודה ב-עב"ל 1381/01 אולחובק נ' המוסד לביטוח לאומי (09.02.2004), בציינו, בין היתר, כך:

"הלכה פסוקה היא, כי מבטח כלשהו, והמוסד לביטוח לאומי לא כל שכן, חייב בחובת גילוי מוגברת למבוטח ... יחסים של מבטח-מבוטח, ובעיקר של המוסד לביטוח לאומי ומבוטחיו הם יחסים מיוחדים ... הנה כי כן החובה המוטלת על המוסד לביטוח לאומי היא חובה מוגברת..." (ראו: שם, בפסק-דינה של כב' סגנית הנשיא, א' ברק-אוסטוקין);

וכן:

"המוסד לביטוח לאומי הופקד על הקופה הציבורית שתכליתה להגשים את הזכויות הסוציאליות של ציבור המבוטחים, לפי דין. במסגרת זו המוסד לביטוח לאומי וציבור המבוטחים אינם צדדים לעומתיים הנמצאים משני עברי המתרס, כי אם שותפים לחובות שבדין וככאלה חלים עליהם – אהדדי וכחובה מוגברת, יחסי אמון, תום לב והגינות" (ראו שם – בחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) נ' ארד).

38. זאת ועוד – אחרת. ככל רשות מינהלית, גם על המוסד לביטוח לאומי חלה חובה להפעיל את הסמכויות המסורות בידיו בדרך הראויה לנאמן שהסמכות הופקדה בידו כדי לשרת את טובת הציבור (על עקרון ההגינות המינהלית ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב' 997-1007 (2009)). לא זו בלבד, אלא שהחובה האמורה חלה על המל"ל ביתר-שאת, שכן מדובר ברשות, שתכליתה היא מתן שירותים לציבור בתחום הביטחון הסוציאלי. ראו בהקשר זה דבריו הבאים של בית הדין הארצי לעבודה ב-ת"ב (ארצי) נה/0-115 יחזקאל נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כט 121 (התשנ"ד):

"... בענייננו מדובר בביטחון סוציאלי, ועל-כן חובת הנאמנות של המוסד לביטוח לאומי כלפי האזרחים גדולה עוד יותר. למעשה מדובר כאן ב'טריאליות' נורמטיבית – חלות על העניין נורמות מן המשפט הפרטי, עליהן כנדבך נוסף חלות נורמות מן המשפט המנהלי מכוח חובת הנאמנות המיוחדת של גוף ציבורי כלפי הציבור, ועל שתי מערכות נורמות אלו חלות נורמות משטח ביטחון הסוציאלי".

היחסים המיוחדים שבין המל"ל לבין מבוטחיו מקימים, איפוא, חובות: זהירות, גילוי ונאמנות מוגברות, שבהן חב המל"ל כלפי מבוטחיו. אלה באות לידי ביטוי מובהק, בין היתר, בחובה המוטלת על המל"ל לנהוג באופן שלא יפגע באפשרות של המבוטחים למצות את זכויותיהם, על פי החוק, באופן המירבי (ראו: עב"ל (ארצי) 1365/04 ארוש נ' המוסד לביטוח לאומי (18.10.2006)).

39. בענייננו, התחוויר כי הפרקטיקה שלפיה נהג המל"ל במשך שנים רבות, לשם גביית הפרשי דמי ביטוח ממעסיקים, עבור עובדיהם, במסגרת ביקורות ניכויים – נעשתה באופן גלובאלי ולא באופן פרטני, מבלי שנעשה שימוש בטופס שבמסגרתו ניתן דין וחשבון מפורט בדבר השכר המשתלם לכל מי מעובדיו של המעסיק, כנדרש על פי חוק הביטוח הלאומי והתקנות שהותקנו מכוחו. התנהלות זו פגעה, לכאורה, באופן ממשי באפשרות של עשרות אלפי עובדים במשק לממש את זכאותם לקבלת גמלאות מחליפות הכנסה, על בסיס מלוא ההכנסה שבגינה שולמו למל"ל דמי הביטוח עבורם. במובן זה ניתן בהחלט לומר כי הפעלת סמכות הגביה של המל"ל בגדרי ביקורות הניכויים שערך, עד לשנת 2013 – נעשתה, לכאורה, תוך הפרת חובות הזהירות והנאמנות שלו כלפי מבוטחיו.

יתר על כן – דמי הביטוח הנגבים במסגרת ביקורות הניכויים מהמעסיקים – ניתן לראותם כמוחזקים על ידי המל"ל בנאמנות עבור העובדים, לעת שיתרחש האירוע המזכה, אשר יצריך תשלום גמלאות מבוססות הכנסה לעובד שבעדו נגבו דמי הביטוח. כאן המקום להדגיש כי הזכאות המהותית לקבלת גמלה מחליפת הכנסה על-בסיס מלוא הכנסתו של העובד (שבגינה שולמו בפועל מלוא דמי הביטוח, בעקבות ביקורת הניכויים) – מתגבשת עם קרות האירוע המזכה (ולא עם הגשתה של תביעה בעניין). משכך, ככל שהמל"ל המשיך להחזיק בידיו, לאחר קרות אירוע מזכה, כספים שגבה כאמור, מבלי לשלם באמצעותם הפרשי-גמלאות למי שזכאי היה לקבלם – הרי שהוא עיכב בידיו, לכאורה, שלא כדין, כספים שאינם שייכים לו, והתעשר שלא במשפט על חשבונם של העובדים-המבוטחים שהיו זכאים לקבלת אותם כספים. ראו והשוו: ע"א 6574/99 מדינת ישראל, משרד השיכון נ' עו"ד בנימין קרייתי, מפרק חברת ביתרומעק, פ"ד נח(3) 313 (2004), שבו נפסק כי המציאות הפיננסית וההיגיון הכלכלי מצמיחים חזקה עובדתית, שלפיה המחזיק בכסף עושה בו שימוש וכל דחייה בביצוע חיוב כספי (שם מדובר היה בחיוב חוזי) – טומנת בחובה טובת הנאה כלכלית, המקימה בעיקרון חובת השבה של ההתעשרות שלא כדין מכוח השימוש שנעשה בכסף (ועיינו: פרידמן ושרפירא בר-אור, כרך א', בעמ' 112-133). הנה כי כן, בעצם אי-תשלום הפרשי הגמלאות לזכאים, מתוך דמי הביטוח שנגבו והוחזקו בידיו של המל"ל – הוא נטל לעצמו, לכאורה, שלא כדין ותוך

הפרת חובת הנאמנות המוטלת עליו, זכות השייכת לעובדים-המבוטחים, והפיק מתשלום חובה זה שנגבה על-ידיו – עושר ורווח על חשבונם של העובדים (תוך שלילה, שלא כדין, של מה שהגיע להם, ונטילה זו היא בבחינת חיוב דמוי מס, או תשלום חובה שהושת על הזכאים).

התנהלות שכזו, אשר יש בה משום הפרה של חובת האמון הבסיסית החלה ביחסים שבין "נאמן" ל-"נהנה", מצמיחה מניה וביה, חובת השבה של הרווח שהופק עקב הפרתה – ל"נהנה". עמדו על כך המחברים המלומדים פרופ' דניאל פרידמן ועו"ד אלרן שפירא בר-אור בספרם: דיני עשיית עושר ולא במשפט, בכותבם, בין היתר, כך:

"חומרתי של חובת האמון משתקפת באיסור על הפקת רווח עקב הפרתה. מכאן גם חשיבותם הרבה של דיני עשיית עושר ולא במשפט בתחום זה. את חובת האמון מייחדת מערכת כללי התנהגות נוקשה, שבמרכזה איסור על יצירת מצב של ניגוד אינטרסים. לכך מצטרף האיסור המוטל על מי שחב חובת אמון להפיק רווח ממעמדו (למעט, כמובן, שכר המשתלם לו כדין). רווח שהופק עקב סטייה מכללים אלה יישלל מן המפר, ויועבר לאדם שכלפיו הוא חב חובת אמון ("המוטב" או "הנהנה"). זאת, בין אם הרווח נובע מנטילת זכותו של המוטב ובין אם לאו, בין אם סבל המוטב ובין אם לאו. יתרה מזאת, ניתן אף לתאר מקרים שבהם הפיק המוטב תועלת מהפעולה שהניבה רווח לנאמן, אולם אין בכך כדי לגרוע מזכותו להשבה, אם רווחי הנאמן מקורם בהפרת חובת אמון [...] די בכך שמקור הרווח הוא בהפרת אמון, אפילו נובע הרווח בעיקרו מיוזמתו ופעילותו של מי שחב חובת אמון. השבת הרווח אינה מותנית אפוא בכך שהוא הופק "על חשבון" המוטב, במובן הרגיל שאנו מייחסים למושג זה. לכל היותר ניתן לגרוס כי העובדה, כשלעצמה, שהפקת הרווח התאפשרה עקב הפרת חובת האמון, היא ההופכת אותו לרווח 'על חשבון' המוטב" (שם, בכרך א', בעמ' 609-611; ההדגשה הוספה – ח"מ).

ביחס לנסיבות שבהן אדם עשוי להיחשב כמי שמוטלת עליו חובת נאמנות, אף אם הוא לא מונה לתפקיד זה באופן מפורש, כותבים המחברים המלומדים את הדברים הבאים, היפים לענייננו על דרך של קל וחומר:

"... כאשר מבצע הפעולה משתמש בשמו של הזולת או מציג עצמו כפועל למענו, אך למעשה הוא מתכוון לפעול לטובת עצמו. כגון, שפלוני מודיע כי הוא רוכש נכס עבור אלמוני, בעוד שהוא מתכוון לרכשו לעצמו או שהוא מכריז כי הוא גובה דמי שכירות עבור אלמוני, מס עבוד המדינה, או תרומה עבור מוסד ידוע, אך למעשה... בדעתו ליטול את הכספים לעצמו. בכל המקרים הללו צפוי מבצע הפעולה שיראוהו כמי שמוטלת עליו חובת אמון, וכי מה

שרכש בהתיימרו לפעול עבור הזולת, אכן יחשב כמוחזק על ידיו בנאמנות (...) למען מי שעבורו התיימר לפעול" (ראו: פרידמן ושפירא בר-אור, כרך א' בעמ' 632; ההדגשה שלי – ח"ח).

ובהמשך דבריהם שם (בעמ' 639) מוסיפים המחברים ומציינים כדלקמן:

"...במקרים רבים משמשים המונחים 'חובת אמן' ו'נאמנות' אמצעי להטלת חובת השבה על הנתבע (...), על ידי כך שרואים בו מפר חובת אמן או 'נאמן מכוח הדין' (נאמן קונסטרוקטיבי). הנטייה להשתמש במושג הנאמנות גוברת כאשר 'נטל' הנתבע אינטרס השייך לתובע, שאיננו בגדר זכות קניינית במובנה המסורתית, או שתהליך הזיהוי של מה שנטל התובע כשייך לנתבע הינו תהליך מורכב".

וכן:

"אדם הממלא תפקיד של נאמן איננו רשאי להפיק כל רווח (...) במהלך תפקידו או באמצעות מעמדו כנאמן... שכן אם ינתן לנאמן להפיק רווחים לעצמו, עלול הדבר לשמש לו פיתוי להפעיל את סמכויותיו כנאמן לטובת עצמו, ולא לטובת האינטרס שעליו הוא מופקד. הנאמן חייב אפוא למסור למוטב כל רווח שהפיק עקב מעמדו כנאמן או עקב הפרת חובת הנאמנות. אף שהעיקרון קשור, בדרך כלל, באיסור של ניגוד אינטרסים, יש לו קיום עצמאי. במילים אחרות, נאמן שהפיק רווח עקב הפרת חובתו עשוי להתחייב בהשבה אפילו לא היה באותו ניגוד אינטרסים של ממש בינו לבין המוטב. העיקרון הוא נוקשה..." (שם, בעמ' 642).

הדברים הנ"ל, שנאמרו בהקשר ליחסי נאמן-נהנה "רגילים" – מקבלים כאמור משנה-תוקף בנסיבות המקרה שבפנינו, לנוכח אופיו, מהותו ומיהותו של המוסד לביטוח לאומי ולאור טיבם של היחסים בינו לבין העובדים-המבוטחים, כמפורט לעיל.

40. זה המקום לציין את שנפסק בהרכב מורחב של בית משפט זה, בראשות הנשיא (בדימ') א' גרוניס, שם נקבע כי:

(א) גביית תשלום חובה מן האזרח על ידי הרשות בלא שתהא לרשות סמכות לכך – במובן הרחב של מונח זה – מהווה קבלת דבר "שלא על פי זכות שבדין", כמשמעות ביטוי זה בסעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט;  
(ב) גבייה כאמור מקימה, בעקרון, חובת השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

(ראו: דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, בפיסקאות 38-33 (14.04.2015) (להלן: דנ"א עיריית ירושלים)).



עוד נקבע באותו עניין כי הזכות להשבה קמה מעצם עובדת הגבייה הלא-חוקית (במקרה שלנו ההחזקה שלא כדין בכספים), וזאת במנותק משאלת ידיעתו של הזכאי על אודות אי-חוקיות הגבייה, או על קיומם של: כפייה, או אילוץ מצדה של הרשות. בהקשר זה הודגש כי הכרה בעילת השבה עצמאית מיישמת, הלכה למעשה, את עיקרון חוקיות המינהל, וכי חשיבותה נעוצה במסר החינוכי וההרתעתי שיש בהשבה האמורה כלפי רשויות ציבוריות (ראו: שם, בפסקאות 32-38). בכך אימץ בית משפט זה את ההלכה שנקבעה בערעור, נושא בקשת הדיון הנוסף (ראו: ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, בפסקאות 42-46 (20.08.2009) (להלן: עניין עיריית ירושלים)). עיינו גם: ע"א 4708/14 י.ח. דמרי בניה ופיתוח בע"מ נ' המועצה המקומית גן יבנה, בפסקה 22 (24.08.2015).

41. העולה מן המקובץ עד הנה הוא כי לכאורה קמה לחברי הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה על-ידי ההסתדרות, עילת תביעה להשבה כנגד המל"ל. ודוק: דומה עלי כי תביעת השבה כזו – באה כאמור בגדרי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. מסקנה זו נובעת, לשיטתי, הן מלשונו של פרט 11 האמור, "המתכתבת" עם לשונו של סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, והן מתכליתו. מקובלים עלי, איפוא, דבריו של השופט ע' בנימיני, בעניין פלדמן, שם הוא כתב, בהקשר זה (בפסקה 46 ובהמשך, בפסקה 49), בין השאר, כך:

"עילת התביעה של המבקשת מבוססת על חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979. אין כל בסיס לטענת האיגוד בסיכומיו, כי עילה זו אינה נכללת בחוק תובענות ייצוגיות. החוק מאפשר הגשת תביעת השבה נגד רשות שגבתה מס או אגרה שלא כדין (ראה סעיף 15 לעיל), בלא הגבלה של עילת התביעה. לא ברור איזו עילה, רלבנטית יותר מעשיית עושר, קיימת במקרה זה. הכלל הוא שרשות ציבורית מחויבת להשיב תשלומי חובה שגבתה שלא כדין מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט (...). כלל זה נובע מתחולת דיני עשיית עושר במשפט הציבורי, כאשר גביית מס או אגרה שלא כדין נחשבת כקבלת דבר "שלא על פי זכות שבדין", המקימה חובת השבה... יש למקד את התובענה הייצוגית בעילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, שהיא העילה הטבעית בנסיבות מקרה זה, ומהווה את 'דרך המלך' בתביעות להשבת תשלומי חובה שגבתה רשות שלא כדין...".

(ראו לעניין זה גם הערתו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, ב-רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ (26.04.2010) (להלן: עניין קו מחשבה), בפסקה 14 סיפא ובפסקה 29). עיינו גם: הפשרה שקיבלה תוקף של פסק דין חלקי בעניין ע"א 2481/07.

42. המל"ל והיועץ המשפטי לממשלה – אף הם אינם חולקים על הנחת-המוצא הנ"ל, אלא מטילים את יהבם על כך שלשיטתם – לא מדובר בענייננו בתביעה להשבת כספים שנגבו מחברי הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה הייצוגית, אלא בתביעה לפיצוי, או לתשלום סכום גמלה נוסף לחברי הקבוצה. טענה זו, הנשענת בעיקרה על היעדר הזהות בין הגורם שממנו נגבו הכספים לבין הזכאים, אשר להם אמורים להיות משולמים הכספים (בדרך של הפרשי גמלאות מחליפות הכנסה) – אין בידי לקבל, ואבהיר הטעמים לכך להלן.

האם העובדה שדמי הביטוח נגבו מהמעסיקים ולא מהעובדים – שוללת את האפשרות להכיר בתובענה הייצוגית כתביעה "להשבת סכומים [ש]הרשות גבתה שלא כדין"?

43. דעתי היא, כאמור, כי יש להשיב בשלילה לשאלה זו. אכן, התובענה הייצוגית שהגישה ההסתדרות הכללית כנגד המל"ל, מושא הערעור שבפנינו – איננה תביעה קלאסית להשבתם של כספים שהרשות גבתה ביתר, או שלא כדין, לידי מי שממנו נגבו הכספים. יחד עם זאת, כבר נפסק בעבר כי למונח "השבה" (שבו נוקט פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות) – אין משמעות אחת אחידה בענפי המשפט השונים. עמדתה של הפסיקה היא כי המונח "השבה" עשוי לקיים הן את יסוד ה"החזרה" המאפיין, למשל, השבה על פי דיני החוזים, והן "יסוד של העברת רווח לידי התובע המאפיין השבה על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט" (השוו: רע"א 6340/07 עיריית תל אביב נ' טיומקין (13.02.2011) (להלן: עניין טיומקין), בפסקה 27; ההדגשה שלי – ח"מ) – שהוא היסוד המייחד את תביעת ההשבה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, ומבדיל בינה לבין תביעת השבה לפי דיני החוזים, למשל. מכאן שפרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (ראו: פסקאות 34-36 שלעיל), יכול לכלול בתוכו חובת השבה, שתכליתה היא: מניעת ההתעשרות שלא כדין מהרשות; לפיכך, ומאחר שמדובר בענייננו בכספים שהם בגדר "תשלומי חובה" שעל המעסיקים לשלם (בעבור עובדיהם), ושעל המל"ל מוטלת חובה לגבותם ולשלם מהם לעובדים הזכאים לכך (בהתקיים תנאי הזכאות על פי חוק הביטוח הלאומי – דבר שאין חולק עליו ביחס לחברי הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה), הרי שאין בעובדה שהכספים האמורים לא באו במישרין מ"כיסם" של העובדים-המבוטחים (אלא ממעבידיהם) כדי לשלול בענייננו מהתובענה הייצוגית את אופייה כתביעה "להשבת סכומים" שהרשות "גבתה שלא כדין", במשמעות המכלילה של פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (ובמובן הרחב של התיבה האחרונה, הכולל גם את המשך ההחזקה בכספים (לאחר ביצוע פעולת הגביה) שלא למטרה שלשמה הם נגבו, תוך "מניעת התקבול" מהמבוטחים, בהתקיים אירוע מזכה, כמפורט לעיל).

44. מסקנתי הנ"ל עולה בקנה אחד עם עמדת הפסיקה שדנה בתביעות השבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט ועם דברי מלומדים שעסקו בסוגיות שמתעוררות בגדרי תביעות מסוג זה.

לחיזוק נוסף של מסקנתי זו, אפנה לדברים שכתבתי ב-דנ"א עיריית ירושלים, שם ציינתי כי: "בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית ואצלנו, הפסדו של התובע איננה תנאי לתביעת השבה... העדר הפסד של התובע, בין מחמת שלא היה קיים מלכתחילה ובין מחמת שהועבר לאחר מכן לזולת... איננו בהכרח רלוונטי לתביעה בעשיית עושר" (שם, בפסקה 5). ואכן כבר ב-ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 267-268 (1988) הכיר בית משפט זה בקיומה של עילת תביעה ב"עשיית עושר" וחובת "השבה" שעניינה בנטילתם של רווחי המפר, שהתקבלו מידי צד שלישי לחוזה שהופר – והעברתם לידיו של הצד השני לחוזה (להבדיל מ"החזרת" התמורות הנוגדות שניתנו במסגרת קיומו של החוזה), במקום שבו מדובר היה בהפרת חיוב למסירת נכס בר-חליפין (עיינו והשוו: ע"א 2287/00 שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרד (05.12.2005)). תוצאה דומה צריכה לחול, מקל וחומר לתפיסתי, גם במקרה שבו "הפקת הרווח" נבעה מהפרת חובה שבדין, לא כל שכן כשמדובר בחובת אמון (עיינו בהקשר זה: עופר גרוסקופף אופקים חדשים במשפט – הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 73, וה"ש 55 שם (תשס"ב)), ובמיוחד שכתוצאה מההפרה האמורה נגרם פה הפסד ממשי לזכאים.

כאן המקום לציין כי גם בית המשפט העליון בארה"ב הכיר בקיומה של חובת השבה, במצב שבו צמחה למפר חובת הנאה כתוצאה מהפרת זכות שעוגנה בחקיקה פדרלית. ראו: *Kansas v. Nebraska* 574 U.S. 445, 135 S. Ct. 1042 (2015) (שם דובר בזכויות מים, שעוגנו בהסכם שהובא לאישורו של הקונגרס וזכה למעמד של חוק פדרלי). באותו עניין עמדה השופטת Kagan, שביטאה את דעת הרוב – על שיקול הדעת הרחב בפסיקת סעדים בגין הפרת זכות המעוגנת בחקיקה פדרלית ועל הצורך להרתיע מפני הפרה של זכויות מהסוג האמור, והוסיפה וקבעה כי התנהגות פזיזה וחסרת אחריות, תוך התעלמות מזכויות הנפגע – מספיקה כדי להצדיק סעד של השבה בנסיבות (עיינו גם: פרידמן ושפירא בר-אור כרך א', בעמ' 548).

ביחס לאפשרות להכיר בתביעת השבה של פלוני גם כאשר התעשרותו של אלמוני צמחה לו מידיו של פלמוני, ציינו המחברים המלומדים פרופ' פרידמן ועו"ד שפירא בר-אור, בספרם: דיני עשיית עושר ולא במשפט (שם, כרך א' בעמ' 105), כך:

”סיכומו של דבר, העובדה, כשלעצמה, שההתעשרות התקבלה מצד שלישי, וכי לתובע עצמו לא היתה זכות שבדין כלפי הצד השלישי לקבלה, איננה שוללת את האפשרות שהיא תראה כהתעשרות על חשבון התובע או התעשרות הבאה ממנו. קל וחומר שההתעשרות תחשב כבאה על חשבון התובע, אם היתה לו זכות שבדין לקבלתה, כגון שפלוני התחייב למכור נכס לתובע, אך תוך הפרת ההסכם נתנו במתנה לצד ג'. צד ג' קיבל, אמנם, את הנכס מפלוני (ולא במישרין מידי התובע). אך הוא התעשר שלא כדין על חשבון התובע, שכן מסירת הנכס לצד ג' משמעותה שלילת זכותו של התובע לקבלת הנכס. במובן זה בא הרווח מן האינטרס של התובעות, שהוא אינטרס הזוכה להגנת הדין”.

(ראו גם: ת”א (ת”א) 1171/97 JOOP! GmbH נ’ כל פרפיום בע”מ (18.06.2006), שערעור עליו נדחה בידי בית משפט זה ב-ע”א 3198/04).

45. עמדה דומה לזו שבה אני נוקט כאן הוצגה גם ב-ע”א 8728/07 אגריפרס אינטרנשיונל בע”מ נ’ מאירסון (15.07.2010) (להלן: עניין אגריפרס). באותו עניין נדונה השאלה האם הפקת רווח, אגב הפרת התחייבות ליישם מנגנון שהוסכם עליו להפעלת זכות סירוב ראשונה, במקרה של מכירת מניה – מצמיחה זכות ל”השבת” הרווח שהופק. הרווח האמור התבטא בהפרש בין התמורה שנתקבלה בידיהם של המשיבים באותו עניין, בעקבות מכירתה של המניה, לבין המחיר שהיה נקבע על-פי המנגנון האמור, אלמלא הפרו המשיבים את התחייבותם כלפי המערערת שם. בית משפט זה חזר, באותו עניין, על העיקרון שלפיו כדי לקבוע ש”ההתעשרות” הייתה “על חשבון” התובעת (המערערת שם): “טובת ההנאה שבאה למשיבים – לא היתה צריכה לבוא מכיסה של המערערת באופן ישיר, ודי בכך שהיתה על חשבון המערערת [...]”, וקבע כי: “אם היו המשיבים פועלים בהתאם להתחייבויותיהם קודם למכירת המניות, היתה המערערת זכאית לרווח זה, ומכאן שהתעשרותם היא “על חשבון” המערערת [השוו: עניין אדרס, בעמ’ 275]” (ראו: שם, בפסקה 39). עוד הוטעם, בהמשך אותה פסקה, כי די ב”גזילת האפשרות” מהמערערת (שם) לבצע את אותן פעולות שביצעו המשיבים (שם) ואשר תודות להן הם גרפו כספים לכיסם – כדי לקיים קשר סיבתי בין הרווחים שהופקו בידיהם לבין הפרת ההסכם, באופן המחייב את “השבתם” של הכספים האמורים, במובן של – “העברתם” לידי המערערת (עיינו: שם, שם).

כן ראו בהקשר זה, את הדברים שהובאו בפסקה 39 שלעיל בעניין השבת רווחים שהופקו כתוצאה מהפרת חובת אמון – לידי מי שכלפיו מוטלת חובת האמון שהופרה, והשוו למה שנפסק ב-ע”א 605/88 תבורי – בית חרושת למשקאות קלים בע”מ נ’ מעינות הגליל המערבי סוכנויות בע”מ, פ”ד מה(2) 1 (1988), שם חזר בית משפט זה על ההלכה שלפיה: “במקרה

של הפרת חובת האמון על-ידי סוכן תוך תחרות בעסקי היצרן, זכאי היצרן לרווחי הסוכן שהופקו עקב ההפרה, כאשר: 'ההשבה אינה נגזרת מההפסד או האובדן לצד הנפגע אלא מטובת ההנאה שהפיק הצד המתעשר שלא כדין' (שם, בפסקה 14, בעמ' 14; כן עיינו: ע"א 304/70 אביעם נ' מדינת ישראל, פ"ד כה (1) 665 (1971); *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980); לדיון מקיף בסוגיה – ראו: פרידמן ושפירא בר-אור כרך א', בעמ' 609-681).

46. הדברים הנ"ל ניתנים כאמור להחלה גם בענייננו. לגישתי, מדובר כאן במקרה מובהק שבו: "זה נהנה וזה חסר", אשר מחייב השבה של הכספים לידי מי שעל-חשבונם הופקה ההנאה. לשיטתי, אין ולא יכולה להיות מחלוקת, כי ה"עושר", או ה"רווח" שהפיק המל"ל כתוצאה מהתנהלותו שתוארה לעיל (עשייה שהתעלמה, במודע, מזכויות המבוטחים) – הייתה "על חשבונם" של חברי הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור התובענה, ולכן המל"ל חייב בהשבת הכספים שעוכבו על ידו שלא כדין (תוך הימנעות מתשלום הפרשי הגמלאות המגיעים למבוטחים הזכאים, מתוך הכספים שנגבו ממעסיקיהם בגדרי ביקורות הניכויים), זאת אף שהכספים (דמי הביטוח) לא יצאו במישרין "מכיסם" של חברי הקבוצה.

ודוק: התנהלותו של המל"ל הובילה לכך שלחברי הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית נגרם חסרון כיס המצדיק השבה (להיעדר הצדקה להבחנה בין המונחים "חסרון כיס" ו-"מניעת רווח", עיינו: גד טדסקי "על ההבחנה בין חסרון כיס למניעת ריוח" מחקרים במשפטנו הפרטי 107 (1958)). חסרון הכיס שנגרם לחברי הקבוצה מתבטא בהפרש בין הסכומים שהיו אמורים להיות משולמים להם בהתחשב בכספים שנגבו ממעסיקיהם בגדרי ביקורות הניכויים, לבין סכומי הגמלאות מחליפות הכנסה ששולמו להם בפועל. ה"עושר" שהפיק המל"ל בעטייה של התנהלותו המתוארת בתובענה הייצוגית, שקול, איפוא, לחסרון הכיס שנגרם לחברי הקבוצה, והוא זה שמצדיק החזר.

עשיית עושר שכזו ניתן לראותה כאמור כנטילת זכותם של חברי הקבוצה בבחינת תשלום חובה שהושת עליהם שלא כדין – והיא מחייבת "השבה" של הפרשי הגמלאות לידי חברי הקבוצה, על דרך של: החזרת גזלה לבעליה. ראו בהקשר זה את דברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בדנ"א עיריית ירושלים:

"מצטרף אני אף להשקפת חברי, ומטעמיו כי יש מקום להכיר בעילת השבה כעילה עצמאית מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. אוסיף, כי לדידי הדבר הוא בבחינת פשיטא. תואם את הדין ואת השכל הישר. הרשות שגבתה

בחוסר סמכות, כמו שלחה ידה לכיסו של התושב ונטלה מכספו, ולולא דמסתפינא הייתי אומר שקרובים הדברים לנטילה בכוח, שהרי בידי הרשות כוח השלטון לאכוף, ולא רבים מן התושבים מפשפים בקרבי הסמכות. אם כן מה עשתה הרשות, אם לא עושה שלא במשפט, ומכאן התורה הבסיסית של השבה, בגדרי הגינות וצדק" (שם, בפסקה יא).

וגם אני הוספתי שם וכתבתי – באשר להיקף התפרסותה של ההלכה שנפסקה באותו עניין (אשר הכירה בקיומה של עילת השבה עצמאית כנגד רשות, שגבתה כספים מהציבור, בחוסר סמכות) – את הדברים הבאים:

"העולה מכל המקובץ מלמד שההלכה החדשה – חשובה היא וראויה, בהיותה נוגעת לכל אדם ביחסיו עם הרשות. לפיכך יש לפרשה בהרחבה, ובהתעורר ספק משפטי באשר לתחולתה ולהיקפה של ההלכה – יש לבאר הדברים לטובת האזרח מכח עקרונות חוקיות המינהל ושלטון החוק" (שם, בפסקה 10).

47. מכל האמור עד הנה מתבקשת לדעתי המסקנה כי לחברי הקבוצה שבשמה הוגשה על-ידי ההסתדרות הבקשה לאישור התובענה הייצוגית עמדה כאן עילה לתביעת "השבה", ולו בקירוב, נגד המל"ל, ביחס להפרשי הגמלאות שלא שולמו להם. חובת ההשבה האמורה עילתה בדיני עשיית עושר ולא במשפט והיא קמה מכוח הפרת חובות הנאמנות, או האמון, שחב המל"ל למבוטחיו, כאמור. היא נעוצה בכך שתשלום דמי הביטוח שהמל"ל גבה מהמעסיקים – נעשה עבור האינטרס של המבוטחים, ואף על פי כן המל"ל המשיך להחזיק בכספים, מבלי שנעשה בהם שימוש למטרה שלשמה הם נגבו (עיינו בהקשר זה עוד: פרידמן ושפירא בר-אור כרך א', בעמ' 597, 618 ו-625).

יוער כי לתוצאה דומה ניתן להגיע גם על דרך של קל וחומר באמצעות יישומו של הכלל שלפיו: "אין חוטא נשכר", אשר איננו מותנה בכך ש"ההתעשרות" תהיה "על חשבון המזכה". על טיבו של הכלל האמור עמדו פרופ' פרידמן ועו"ד שפירא בר-אור בספרם הנ"ל, בכותבם כך:

"...הרעיון המונח ביסוד עקרון זה גורם, לא אחת, להכרה בזכותו של האדם, אשר האינטרס שלו הוא בעל קירבה מספקת לאירוע הפסול, לתבוע השבת רווח שהופק שלא כדין. זאת, אף אם הרווח לא הופק 'על חשבוננו'" (שם, בעמ' 684; ההדגשה שלי – ח"מ; כן ראו: עניין אגריפרם, בפסקה 40).

48. העולה מן המקובץ הוא כי התביעה שהגישה ההסתדרות (כ"ארגון", במשמעות סעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, בשם חברי הקבוצה), אשר נשענת על חובת ההשבה,

המעוגנת בחוק עשיית עושר ולא במשפט – באה בגדרי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

ההסתדרות רשאית היתה איפוא להגיש לבית המשפט בקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית מכוח האמור בסעיפים 4(א)(ד) ו-4(ב)(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, כפי שהתפרשו הדברים ב-רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (09.12.2015) (עיינו עוד: פלינט וויניצקי, תובענות ייצוגיות, בעמ' 12, 126, 150-151 ו-553-554). לנוכח מסקנה זו מתייתר הצורך לדון בשאלה הנוספת שהוצגה – היינו: האם מדובר ב"תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי" במשמעות סעיף 3 (א) לחוק תובענות ייצוגיות. יחד עם זאת, מאחר ופטור בלא כלום איננו מתאים בהקשר שלפנינו, אציין כי הוראת סעיף 3(א) הנ"ל "מוציאה מגדר עילות התביעה האפשריות את התביעות שעניינן בהפרת חובות הרגולציה בהן חבה המדינה על-פי דין" בגין נזק שנגרם על-ידי צד שלישי (ראו: עניין כהן, בפסקה 31; ההדגשה שלי – ח"מ). בענייננו כלל לא מדובר בתביעה לפיצויים בגין "נזק שנגרם על ידי צד שלישי", כתוצאה מהפרת "חובת רגולציה", או "סמכות פיקוח והסדרה", שבה חבה הרשות, אלא בנזק שנגרם לחברי הקבוצה על-ידי הרשות עצמה, לכאורה כתוצאה מהתנהלותה הלקויה של הרשות, שהמשיכה להחזיק שלא כדין כספים שגבתה ואותם היתה צריכה להעביר למבוטחים הזכאים. ודוק עוד: התביעה כאן הופנתה כלפי המל"ל בגין מחדליו בהפעלת הסמכויות המסורות לו כגוף מינהלי-ביצועי – המתנהל כ"מבטח סוציאלי", ולא כ"רגולטור" (השוו: עניין קו מחשבה, בפסקה 29). להשקפתי די בנתונים אלה כדי לחייב תשובה שלילית אף לשאלה הנוספת שהוצגה לעיל.

49. מכאן גם נובע כי ההסתדרות ובאי-כוחה זכאים בעקרון ליהנות מהתמריצים הכספיים שמעניק חוק תובענות ייצוגיות, היינו: לפסיקת גמול ושכר-טרחא – בשינויים המחויבים למה שנפסק במאטריה זו לגבי הליכים שהוגשו במסגרת החוק והשיגו את מטרתם בשלב כלשהו (זאת אף אם בשל חדילת הרשות מהפרקטיקה הפסולה – התייתר הצורך להכריע במישרין בתביעה ובבקשה להכיר בה כתובענה ייצוגית).

טרם שאדון במשמעויותיהן של ההלכות הרלבנטיות ובהחלתן על נסיבות המקרה שלפנינו, אני מוצא לנכון להידרש עתה לסוגיה נוספת שעלתה מטיעוני הצדדים בפנינו, והיא: האם יש בקיומו של "מסלול חלופי" לכאורה לתביעת הסעד הנעתר (כגון: פניה לבג"ץ בעתירה חוקתית, או מינהלית, או לבית משפט לעניינים מינהליים בעתירה מינהלית), כדי לשלול מהמשיבה את הזכות הדיונית להגיש את תביעתה נגד המל"ל

במסלול שנבחר, או כדי לגרוע ממנה ומבאי-כוחה את האפשרות ליהנות מהיתרונות ומהתמריצים שמקנה חוק תובענות ייצוגיות ליוזמיו של ההליך הייצוגי. דעתי היא כי גם לשאלות אלה יש להשיב בשלילה. אפרט הדברים מיד בסמוך.

עצם קיומו של "מסלול חלופי" – לא שולל את האפשרות לתבוע מכוח חוק תובענות ייצוגיות

50. מסקנתי הנ"ל מבוססת על צירופן של הנחות-המוצא שלהלן:

הראשונה, עקרונות חוקתיים, שעליהם מיוסדת שיטתנו המשפטית וזכות הגישה לערכאות – מאפשרים ליחיד לבחור בין מסלולי תביעה חלופיים לקבלת סעד, על יסוד עילות שונות, או אלטרנטיביות, והכל לפי שיקול דעתו, בכפוף למגבלות שבדין (עם זאת, נוכח סעיפים 1(4) ו-8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, יש לשכנע את בית המשפט כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין; תוצאותיו המעשיות של ההליך שבפנינו מצביעות לכאורה שאכן כאן הבקשה להכרה בתביעה כייצוגית הייתה אפקטיבית. עיינו: פלינט וויניצקי, תובענות ייצוגיות, בעמ' 96).

השנייה, התובענה הייצוגית מהווה פלטפורמה דיונית חשובה לאכיפת החוק ולשמירה על זכויות הציבור – הן של הקבוצה המיוצגת, והן של הציבור כולו (עיינו: סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות ודנ"מ מי הגליל). אחת ממטרותיה של אותה פלטפורמה היא: "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" (ראו גם: ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדט 1987) בע"מ (04.09.2014) (להלן: עניין פרינר), בפסקה 80 לפסק דיני שם). מעניין לציין בהקשר זה כי בארה"ב עשו שימוש בכלי של תובענות ייצוגיות כדי לחולל שינויים חברתיים על בסיס קונסטיטוציוני, או על יסודות של המשפט המינהלי. ראו:

Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas 347 U.S. 483 (1959) (פסק דין זה ביטל, כידוע, את הפרופוזיציה "נפרד, אבל שווה" בתחום החינוך); Browder v. Gayle; 142 F. Supp. 707 (1956) (פסק דין זה קבע כי הפרדה גזעית באוטובוסים איננה חוקתית); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (פסק דין זה קבע לראשונה כי הגבלת זכותה של אישה לבצע הפלה איננה חוקתית). עיינו גם: אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט כרך ו' 157 (2014) (להלן: פינק); פלינט וויניצקי, תובענות ייצוגיות, בעמ' 84-85; אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" משפטים ל"ח 3, 445 (תשס"ט) (להלן: חמדני וקלמנט); אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית ציבורית" משפט ועסקים י"ט 935 (אוגוסט 2016); ברק



אתירם "תובנות מבראון: ההיסטוריה החברתית של התובענה הייצוגית" משפט וממשל כ' 47 (תשע"ט).

השלישית, "התובענה הייצוגית, שהיא כלי דיוני חשוב ומשמעותי, לא נתכוננה – מעיקרה – כזכות מהותית וכעילת תביעה. תובענה ייצוגית, עם כל חשיבותה – וחשיבות רבה נודעת לה – אין היא אלא כלי דיוני לאיחודן של תביעות רבות תחת קורת-גג אחת" (ראו: עניין שני כהן; דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 417 (2003), פסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין).

הרביעית, המ"ל, אף שהינו תאגיד עצמאי, הוא "רשות" במשמעות סעיף 2 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, כאשר הוא פועל מכוח חוק הביטוח הלאומי, ולפיכך ניתן להגיש כנגדו תובענה ייצוגית מכוח סעיף 3(א) ופרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

מצירופן של הנחות-המוצא הנ"ל נובע כי במקום שבו עומדת ליחיד עילת תביעה להשבת כספים שהרשות גבתה (ובמשמעו גם החזיקה כאמור) שלא כדין – אין לשלול מהקבוצה, או מ"ארגון", כמובנו בסעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות, את האפשרות הדיונית להגיש תובענה ייצוגית כנגד הרשות, בעילה מותרת על-פי החוק, על כל המשמעויות הנלוות לכך.

הנה כי כן, לא די בקיום "מסלול חלופי", שאף שגם בגדרו עשויים חברי הקבוצה להביא לתיקון דרכיה של הרשות ולקבל סעד מסוים – כדי לשלול ממי שזכאי להגיש תובענה ייצוגית ולעמוד בתנאים הנדרשים לצורך זה בחוק, את הזכות הדיונית לעשות כן, כמו גם את האפשרות ליהנות מהיתרונות שחוק תובענות ייצוגיות מעניק ליוזמי ההליך הייצוגי.

51. כאן המקום לציין כי בעניין שני כהן אמנם נפסק כי: "עצם ההסדרה של מכשיר דיוני כדוגמת התובענה הייצוגית, יש בה, בצד מתן כלים נוספים להגשת תובענות, גם הטלת מגבלות על אפשרויות השימוש בהם" (ראו: שם, בפסקה 21; ההדגשות שלי – ח"מ). ועוד נפסק בהמשך אותו עניין, מפי הנשיאה ד' ביניש, בין היתר, כך:

"ככלל, בקביעת מסגרות דיוניות בחוק להליכים השונים, וכך גם בחוק תובענות ייצוגיות, תוחם המחוקק את גבולותיו של ההסדר. תחימת גבולות אלה מבטאת את האיזון שראה המחוקק לקבוע בין היתרונות והחסרונות הגלומים באותו הסדר... הגבולות שהציב המחוקק

לאפשרות להגיש תובענה ייצוגית הן חלק בלתי נפרד מן ההסדר החקיקתי השלם. על כן, המבקש לשנות את הגבולות מבקש למעשה לשנות את האיזון שקבע המחוקק למסגרת הדיונית של מוסד התובענות הייצוגיות... נוכח חשיבותה של זכות הגישה לערכאות והיותה כלי להגשמת הזכויות המהותיות האחרות, יש, ככלל, לפרש בצמצום את ההגבלות על הזכות, ובכלל זה יש לשאוף לצמצום החסמים – ישירים ועקיפים – על הגישה לבתי המשפט" (ראו: שם, בפיסקה 37; ההדגשות שלי – ח"מ).

עם זאת על-רקע זה מתחייבת, לשיטתי, המסקנה כי ככלל, אין להוסיף על ההסדר שנקבע בחוק תובענות ייצוגיות – הגבלות וחסמים נוספים מעבר לקבוע בחוק, זולת כאלה המתחייבים מאופיו וממטרותיו (השוו: דנ"מ מי הגליל). המשמעות היא כי אילו התכוון המחוקק להחריג מגדרי חוק תובענות ייצוגיות סוגי תביעות ועניינים מסוימים הנכללים בו, לנוכח קיומם של "מסלולי תביעה חלופיים" – חזקה עליו כי היה עושה כן במפורש.

52. מהאמור לעיל נובע, איפוא, כי ההסדר שנקבע בחוק תובענות ייצוגיות – ממצה את "התמרון החקיקתי" ביחס למגבלות החלות על הגשת תביעות ייצוגיות, ואין להוסיף עליו מגבלות ומשוכות שאינן מופיעות בו במפורש. כפועל יוצא מכך, אין לומר שקיומו של "מסלול חלופי" לקבלת הסעד הנעתר בגדרי התובענה הייצוגית – שולל את הזכות הדיונית לנקוט בהליך הייצוגי, או את התמריצים שהחוק מספק ליוזמיו של ההליך הייצוגי. אדרבה: לנוכח ההגנות והפריבילגיות שמקנה חוק תובענות ייצוגיות לרשות – ניתן לומר כי המחוקק צפה תובענות שכאלו והכניס בחוק את האיזונים הנדרשים, לשיטתו, לצורך זה (השוו: עניין שני כהן, בפיסקה 27; דנ"מ מי הגליל; ועיינו: עע"מ 6687/11 מדינת ישראל נ' אבוטבול (25.12.2012) (להלן: עניין אבוטבול), בפיסקאות 20-24 ו-בר"מ 5438/14 עיריית קרית מוצקין נ' חזות בת שבע (13.01.2015). כן ראו בהקשר זה את דברי הנשיא (בדימ') א' גרוניס בדנ"א עיריית ירושלים, שלפיהם בחוק תובענות ייצוגיות: "נקבע הסדר ייעודי, המתיר לנהל תובענה ייצוגית שעילתה השבת מס, אגרה או תשלום חובה אחר שנגבו שלא כדין (פרט 11 לתוספת השניה לאותו חוק)... (שם, בפיסקה 40; ההדגשה שלי – ח"מ).

ודוק. אין חולק על כך שחוק תובענות ייצוגיות קבע הסדר ייעודי-ייעודי בתביעות השבה נגד רשות. סעיפים 9 ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות מגבילים את האפשרות לנהל תובענה ייצוגית נגד הרשות בעילה של השבה ואת היקפו של "סעד השבה" בתביעות מעין אלו. כך החוק מאפשר לרשות לחדול מהגבייה הלא חוקית ובדרך זו למנוע את אישורה של

התובענה הייצוגית. החוק גם מאפשר לרשות להתגונן מפני התובענה הייצוגית מקום בו היא סבורה שהגבייה נעשית כדין – ובמקרה שטיעוניה לא מתקבלים מוגבל בית המשפט בפסיקת סעד ההשבה לכספים שנגבו ב-24 החודשים שקדמו להגשת התביעה בלבד. הנה כי כן, המשמעות המעשית של הוראות חוק תובענות ייצוגיות, היא: **מיסוד** המקרים שבהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית נגד הרשות, מחד-גיסא, לצד **צמצום** האפשרות לתבוע את הרשות, בדרך של תובענה ייצוגית, בגין מלוא הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, מאידך-גיסא (ראו: עניין שני כהן, בפיסקאות 40-41; חמדני וקלמנט).

53. לנוכח הוראות החוק דומה עלי כי הן שיקולים של יעילות, והן שיקולים מתחום "תום הלב הדיוני" – עשויים לתמוך במסקנה כי דווקא התביעה הייצוגית היא הדרך הדיונית הראויה ביותר להכריע בתביעת השבה כספית נגד רשות, בנסיבות שבהן הרשות נמנעת מתיקון התנהלותה. יודגש: הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה כאן, לא בהכרח חשפה את המל"ל ל"סיכון כלכלי" גדול יותר ולהוצאה תקציבית משמעותית יותר מאלה שהמל"ל היה נחשף אליהם ממילא אילו היה מוגש נגדו הליך אחר, לרבות עתירה לבג"ץ. לנוכח המגבלות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות דומה עלי כי ייתכן שאפילו ההיפך הוא הנכון. אדרבה: הבחירה במסלול התביעה הייצוגית איפשרה למל"ל (לו היה נוקט במסלול של חדילה בתנאי החוק) ליטול את העוקץ מהתובענה הייצוגית באמצעות מסירת "הודעת חדילה" לפי סעיף 9(ב) לחוק, בתוך התקופה שנקבעה לכך, וליהנות בדרך זו מההגנה המוקנית לרשות בגדרי הסעיף האמור. דא עקא, שהמל"ל העדיף שלא לבחור חלופה זו, ובמקום זאת ניהל מצידו הליכים מוקשים, כפי שהובהר לעיל ועוד יפורט להלן. במצב דברים זה נחלש, עד כדי איון, כוחו של הטיעון שלפיו היה על ההסתדרות הכללית לנקוט בהליך דיוני אחר לקבלת הסעד הנעדר, ואין איפוא תחולה לנפקות שהמל"ל מבקש לייחס ל"מחדלה" הנטען של המשיבה מלעשות כן.

משנה תוקף יש לטיעון הנ"ל שעה שהיו למל"ל שלל הזדמנויות לשנות את התנהלותו ולתקן את דרכיו, עוד קודם להגשתה של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית ונוכח פנייתה של ההסתדרות הכללית אליו עובר לפתיחת ההליך, לרבות בדרך של בקשה שהופנתה למל"ל לקבלת מידע לפי חוק חופש המידע. עם זאת, המל"ל בחר לנקוט במדיניות של: "שב ואל תעשה" ולהימנע מקיום חובתו כלפי ציבור הזכאים שלמענו הוא הוסמך לפעול, על פי החוק.

54. הדברים המובאים לעיל מקבלים חיזוק בענייננו, בשעה שאחד מהסעדים שנעטרו בגדרי התביעה היה סעד כספי. מדובר בתרופה, אשר, ככלל, דרך המלך לקבלה

היא באמצעות הגשתה של תובענה כספית, אגב "תקיפה עקיפה" של ההחלטה המינהלית, ולא באמצעות "תקיפה ישירה" של ההחלטה בדרך של הגשת עתירה חוקתית, או מינהלית (שם לרוב אין מקום לסעד כספי). מתאימים לעניין זה, בשינויים המחויבים, דברים שנפסקו ב-דנ"א עיריית ירושלים מפי הנשיא (בדימ') א' גרוניס:

"יושם אם לב כי הסעד שנתבקש בתובענה היה כספי. המשיבה לא ביקשה כי הסעד הבלעדי שיינתן לה הוא קביעה שדרישות העירייה לתשלום האגרה הינן חסרות תוקף. אכן, בדרך למתן הסעד הכספי על בית המשפט לבחון את השאלה האם הדרישות לתשלום היו כדין, אך לא זה הסעד הסופי שנתבקש, שהרי, כאמור, המשיבה עתרה בתובענה לסעד כספי. ברי, כי אילו הסעד הבלעדי שביקשה המשיבה היה קביעה שאין תוקף לדרישות התשלום שנשלחו לה, לא היה בית המשפט המחוזי דן בהליך... האבחנה שעשינו לעניין הסעד המבוקש תואמת את שתי דרכי התקיפה העקרוניות הקיימות לגבי החלטות מינהליות – תקיפה ישירה ותקיפת עקיפין. בתקיפה ישירה הסעד המבוקש הוא קביעה שאין תוקף להחלטה המינהלית או שיש לשנותה. לעומת זאת, בהליך של תקיפה עקיפה הסעד הסופי המבוקש אינו קביעה באשר לתוקפה של ההחלטה המינהלית, אלא סעד אחר, לדוגמה סעד כספי (...). המקרה שבפנינו הוא הדוגמה המובהקת ביותר של תקיפה עקיפה: המשיבה עתרה לחייב את הרשות המינהלית, היא העירייה, לשלם לה סכום כסף. הסכום נדרש כהחזר כספים ששילמה המשיבה לעירייה על יסוד דרישות של זו האחרונה לתשלום אגרה של פינוי אשפה. אותן דרישות, כך לפי המשיבה, היו דרישות בלתי חוקיות..." (שם, בפסקה 27).

בהמשך דבריו שם התייחס הנשיא (בדימ') א' גרוניס גם לאפשרות של תקיפה ישירה בדרך של הגשת עתירה לבג"ץ, בנסיבות קרובות לענייננו, בציינו כי מדובר בסמכות עניינית שונה לחלוטין מזו החלה בתובענה כספית להשבה. וזו לשונו:

"באופן תיאורטי קיים מסלול נוסף של תקיפה ישירה במקרים הנזכרים, והכוונה היא לעתירה לבית המשפט הגבוה לצדק... אמרנו כי האפשרות של פנייה לבג"ץ הינה תיאורטית משום שיש להניח שבג"ץ ידחה עתירה שתוגש לו בשל קיומו של סעד חלופי... אין צורך לקבוע עתה מהו המסלול הנכון של תקיפה ישירה. מה שברור הוא שמדובר בסמכות עניינית שונה לחלוטין מזו החלה כאשר מדובר בתובענה כספית להשבה של מס או אגרה שהרשות גבתה בעוד שהיא חסרת סמכות לעשות כן (...)" (שם, בפסקה 28; ההדגשה שלי – ח"מ)

ועוד הטעים הנשיא (בדימ') שם, בכותבו כך:

"קביעתו בחוק של מסלול ייעודי להשגה על החלטה מסוימת של הרשות (היינו, מסלול לתקיפה ישירה של ההחלטה), עשויה להוות שיקול להימנע ממתן סעד מקום

שזה נתבע במסלול אחר, בדרך של תקיפה עקיפה (...). עם זאת, עצם קיומה של אפשרות לתקיפה ישירה של פעולה מינהלית לא בהכרח ישלול בכל מקרה את האפשרות לתקיפה עקיפה (...)" (שם; ההדגשה שלי – ח"מ).

55. ומהתם להכא – בענייננו ניכר כי המחוקק ביקש לקבוע בחוק תובענות ייצוגיות מסלול ייעודי לתקיפה עקיפה דווקא של פעולת הרשות בכל הנוגע לגביית מס, אגרה, או תשלום אחר, בחוסר סמכות, או שלא כדין. זאת תוך יצירת מערכת תמריצים שתאזן בין האינטרס של חברי הקבוצה לקבל סעד הולם, באמצעות הגשתן של תובענות ייצוגיות ראויות, לבין האינטרסים הציבוריים (עיינו בהקשר זה גם: דנ"א עיריית ירושלים, בפיסקה 7 לחוות דעתי). משכך, אין מקום לשלול מהתובע הייצוגי שבחר לילך בדרך שהמחוקק התיר לו – את התמריץ המוקנה לו בחוק, אך מחמת כך שקיים לכאורה "מסלול חלופי" לתביעתו, לא כל שכן כאשר קיים ספק אם הסעד שיינתן בסופו של ההליך המשפטי "במסלול החלופי" יהיה אפקטיבי דיו.

קבלת העמדה האחרת – תרוקן מתוכן, למעשה, את האפשרות המעשית להגיש תביעת השבה ייצוגית נגד רשות, תהפוך לפלסטר את הוראת פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות ותעקר את כוונת המחוקק – לעודד דווקא הגשת תביעות השבה נגד רשות בגין גביית מס, אגרה או תשלום חובה אחר, שלא כדין.

56. לא זו – אף זו. המסקנה שלפיה אין מקום לקרוא לתוך חוק תובענות ייצוגיות דרישות וחסמים נוספים מעבר למה שנקבע בו מפורשות – ניתן למצוא, לדעתי, גם בהוראת סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הסעיף האמור מורה כי על כל רשויות המדינה – לרבות בית המשפט – לכבד את הזכויות לפי חוק-היסוד האמור, לרבות זכותו של התובע להגנה על קניינו. לנוכח הוראה זו, קשה לקבל את העמדה המבקשת לתת תמריץ-שלילי להגשת תובענה ייצוגית נגד רשות, אשר הסעד העיקרי הנעתר בגדרה הוא החזרת כספים שנגבו מהציבור, או שלא שולמו לזכאים לקבלם, וזאת עקב פעולה שנעשתה שלא כדין. בפרט כך בשעה שניכר כי המחוקק איזן בין ההגבלות והתמריצים השונים החלים בנסיבות – באמצעות הסדר ממצה, אשר מאפשר קבלת סעד מוגבל לחברי הקבוצה, לצד מתן אפשרות לרשות לחדול מהתנהלותה הלקויה וליהנות מהגנה מסוימת מפני השבה. במצב המתואר – דומה עלי כי הצבת משוכה נוספת, שלא נקבעה במפורש בחוק – יש בה משום התערבות לא ראויה במעשה החקיקה, אגב פגיעה בזכות הקניין (הן של חברי הקבוצה והן של יוזמי ההליך הייצוגי).

57. לצד כל האמור לעיל יש להוסיף כי בחירתה של ההסתדרות לנהל את תביעתה

נגד המל"ל כתובענה ייצוגית – אכן הולמת את מטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות:

"לקבוע כללים אחידים לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

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

עיינו גם: אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עלי משפט לא 369, 373 (תשס"ט) (להלן: קלמנט ורבין-מרגליות, תובענות ייצוגיות בדיני עבודה). להשלמת התמונה בנוגע ליחס בין האכיפה האזרחית בהליך הייצוגי לבין הליכי אכיפה אחרים, עיינו: דברי בעניין פריניר, בפסקאות 80-82 וכן בדברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בפסקה י' לחוות דעתו שם.

58. תמיכה מסוימת נוספת לעמדתי הנ"ל ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין NLRB. דעת הרוב ודעת המיעוט שם נחלקו בשאלה האם זכותם של עובדים לשטוח את טענותיהם כנגד מעסיקם במסגרת הליך קולקטיבי, ממשיכה ועומדת להם אף אם העובדים הסכימו במפורש להפנות מחלוקות שיתגלעו ביניהם לבין המעסיק – לבוררות. בהקשר זה דנו השופטים ביחס שבין שני דברי חקיקה – ה-Federal Arbitration Act (להלן: חוק הבוררות הפדראלי) וה-Fair Labor Standards Act (להלן: חוק העבודה ההוגנת). דעת המיעוט (מפיה של השופטת רות ביידר גינסבורג (Ruth Bader Ginsburg)), סברה כי זכותם של עובדים לפעול באופן מאוגד במסגרת הליכים משפטיים אל מול מעסיקם היא זכות קוגנטית, שהמעסיק לא יכול להתנות עליה דרך תניית בוררות לשיטתה, על-אף שלכאורה חוק הבוררות הפדראלי מורה כי יש לאכוף תניות בוררות פרטניות שנחתמו על-ידי עובדים ומעסיקים – יש לפרשו, בהינתן הזכות הקוגנטית האמורה, באופן שלא יצמצם את זכות העובדים לנהל הליכים קיבוציים. מנגד, דעת הרוב (מפי השופט ניל גורסוך (Neil Gorsuch)) גרסה כי יש לפרש את הוראות חוק הבוררות הפדראלי כפשוטן, ולאכוף תניות בוררות שנחתמו על-ידי עובדים, אף אם אלו מונעות מאותם עובדים ניהול קיבוצי של הליכים משפטיים מול מעסיקיהם. לדעת הרוב, חוק העבודה ההוגנת מעניק אמנם לעובדים זכויות התאגדות, אך הוא לא מתייחס במפורש לאופן שבו עובדים זכאים לנהל הליכים משפטיים, וממילא הוא איננו מעניק זכות לניהול קיבוצי של הליכים אלו. פסק הדין בעניין NLRB לא עסק במישרין בסוגיה שבפנינו, וההסדרים החוקיים שנסקרו ופורשו בגדרו, אינם חלים, כמובן, במשפטנו.

אולם, לעמדתו, ניתן ללמוד מפסק הדין האמור, בבחינת "תנא דמסייע", מספר אבחנות והארות לענייננו, אותן אפרט להלן:

(א) כאמור לעיל, דעת המיעוט בעניין NLRB סברה כי החשיבות הקיימת במתן אפשרות לנהל הליכים משפטיים באופן קיבוצי היא כה רבה, עד כי יש בכוחה לאיין הסכמות קונקרטריות לניהול הליך בדרך של בוורות, וזאת על-אף הוראותיו הברורות של חוק הבוררות הפדראלי. חשיבות זו של ניהול הליכים משפטיים מאוגדים, בדומה להליך התובענה הייצוגית, מחזקת לפיכך את המסקנה כי אין להצר את האפשרות לנקוט בהליך של תובענות ייצוגיות, מעבר לקבוע בחוק, וודאי שאין לשלול מתובעים את היכולת לנהל הליכים באופן מאוגד רק בשל העובדה כי קיימת להם דרך תביעה חלופית. זאת ועוד: דעת הרוב בעניין NLRB לא חלקה על החשיבות של ניהול הליכים משפטיים באופן קיבוצי. נקודת המחלוקת שם הייתה רק ביכולתם של שיקולי מדיניות "לגבור" על הוראותיו של חוק הבוררות הפדראלי.

בענייננו, מנגד, לא קיים דבר חקיקה מקביל לחוק הבוררות הפדראלי, או הוראה שבדין, או הסכמה חוזית כלשהי הקובעת כי ההסתדרות לא תוכל לתבוע תביעת השבה את המל"ל בדרך של תובענה ייצוגית. ממילא, יתכן כי אפילו לפי ההיגיון שהנחה את עמדת הרוב בעניין NLRB – אין מקום לייצר, בנסיבות, חסמים על יכולת ההסתדרות לתבוע את המל"ל בדרך של תובענה ייצוגית.

(ב) זאת ועוד – אחרת. דעת הרוב בעניין NLRB קבעה, כאמור, כי חוק העבודה ההוגנת אמנם מעניק לעובדים זכויות התאגדות, אך הוא איננו מעניק להם זכות לניהול קיבוצי של הליכים משפטיים. אף בהקשר זה נסיבות ענייננו מובחנות באופן שמטה, לעמדתו, את הכף דווקא לטובת עמדת ההסתדרות. זאת, שכן חוק תובענות ייצוגיות אכן מעגן בחקיקה את הכלי הדיוני לאיגודן יחד של תביעות רבות. הזכות הדיונית לניהול הליכים משפטיים באופן מאוגד קיימת איפוא בענייננו, וממילא אין טעם טוב להגבילה רק בשל קיומם של מסלולי תביעה אחרים.

59. הנה כי כן, בנסיבות המקרה שלפנינו – אין מקום לטענתו של המל"ל שלפיה ההסתדרות ובאי-כוחה נקטו נגדו בהליך לא-נכון. ממילא לא היה מקום, בנסיבות, לבקש את סילוק הבקשה לאישור התובענה הייצוגית על הסף, לא כל שכן להשיג על ההחלטה שלא להיעתר לבקשה האמורה – באמצעות הגשת בקשת רשות ערעור לבית משפט זה.

התנהלותו הדיונית של המל"ל

60. מן המקובץ לעיל עולה כי ניתן וראוי היה להגיש את התובענה הייצוגית, מושא הערעור. במצב דברים זה – לא היה כאמור מקום להגיש בקשה לסילוק התביעה על הסף ולעמוד על בירורה עוד קודם להגשת תשובה לבקשה לאישור התובענה כייצוגית ובנפרד מהדיון בה. דומה עלי כי לא יהיה זה מיותר לחזור כאן על הדברים שכתבתי ב-רע"א 5154/08 קוסט פורר גבאי את קסירר, ור"ח נ' קדמי (02.04.2009):

"ככלל אין מקום לערוך דיון נפרד בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, ובבקשה לסילוק בקשת האישור על הסף (ראו: רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 290 (2001); רע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר-און השקעות בע"מ (13.8.07); השו: רע"א 6962/08 פסגות מימון ופקטורינג בע"מ נ' גרינפלד (11.09.2008)). הדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית הוא עצמו הליך מקדמי (אף כי אין חולק על השלכתו הרבה על תוצאות ההליך העיקרי), ופיצולו לתת-הליכים איננו רצוי ועלול לגרום רק לסירבול ההליך. הנה כי כן, אם גורלה של הבקשה לאישור להידחות כיוון שאין היא עומדת בתנאים הנדרשים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק), הרי שהיא ממילא תידחה בתום הדיון בבקשה לאישור. מכאן שהגשת בקשה למחיקת ההליך על הסף או לדחייתו כאמור, איסוף התשובות לבקשה, דיון והחלטה באותה בקשה, וכן דיון ההמשך השכיח במכלול מעין זה – פניה לבית משפט זה בערעור, או בבקשת רשות ערעור – כל אלה עשויים להביא לפרקים להשחתת זמנם של הצדדים ובתי המשפט שלא לצורך, ולהשהייתו (במקום להאצתו) של סיום ההליך, גם מקום שבו אכן נמצא כי בקשת האישור איננה עומדת בתנאי החוק.

לכלל האמור קיים אמנם חריג, אולם המדובר – כפי שציין בית המשפט המחוזי הנכבד בצדק – **חריג צר**: יש הגיון בסילוק אפשרי של הבקשה לאישור על הסף (ובהתאם – לעצם עריכת הדיון בשאלה זו) רק "במקרים חריגים וקיצוניים שבהם ברור על פני הדברים שאין בבקשה ולא כלום" (עניין רייכרט, שם). כאשר קריאה פשוטה של הדברים, על פניהם, מלמדת לכאורה כי המדובר בבקשת סרק, ודיון בבקשה לסילוקה של בקשת האישור על הסף הוא פשוט, מהיר ויכול להוביל למסקנה ברורה וחד-משמעית, אזי יש בסיס לעריכת דיון כאמור".

(ראו: שם, בפיסקה 5; ההדגשות שלי – ח"מ).

המקרה שבפנינו איננו נמנה על אותם "מקרים חריגים וקיצוניים שבהם ברור על פני הדברים שאין בבקשה ולא כלום". הטיעונים המפורטים והמנומקים שנשמעו מפי ההסתדרות מזה ומפי המל"ל מזה, כמו גם עמדתו המלומדת של היועמ"ש בסוגיה המהותית שעמדה בלב המחלוקת בבקשה לסילוק התביעה על הסף – הם ראייה לכך. בצדק קבע, איפוא, בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד כי: "הדברים אינם כה ברורים או פשוטים" בענייננו, כפי שנטען על-ידי המל"ל, ובדין הוא החליט שלא להורות על



סילוקה של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית על הסף, טרם עריכת דיון בבקשה לגופה. בנסיבות אלה – לא היה גם מקום להגיש בקשת רשות ערעור על ההחלטה הנ"ל.

61. הדברים שלעיל נכונים במיוחד לנוכח הוראת סעיף 12 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, אשר מונה רשימה סגורה של "החלטות אחרות", שביחס אליהן ניתן לבקש רשות ערעור מבית משפט זה. על ההחלטות האמורות נמנית, בין היתר, החלטה בעניין: "אישור תובענה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, לרבות החלטה ולפיה רשות לא הוכיחה כי חדלה מגביה לפי סעיף 9(ב) לחוק האמור". המדובר בהחלטות שונות מההחלטה, מושא הערעור שבפנינו, אשר כשלעצמה – איננה נמנית כלל על ההחלטות המפורטות בהוראת סעיף 12 לחוק האמור. בית משפט זה התייחס בעבר לטענה דומה לזו שהעלה המל"ל בפנינו, ודחה אותה, בציינו, בין היתר, כך:

"...הוראת סעיף 12 מונה כאמור רשימה סגורה של מקרים עליהם ניתן לבקש רשות ערעור וההחלטה שלא לדחות... על הסף... אינה נמנית על מקרים אלה. אכן הוראת סעיף 12 היא חשובה. היא מצמצמת את האפשרות לבקש רשות ערעור רק לעניינים מסויימים והיא קובעת הסדר כולל המבטא את השקפת המחוקק באשר להליך השיפוטי הראוי בעניינים מינהליים (...). דווקא הוראה זו, בראיה כוללת, מביאה למניעת בזבוז של זמן שיפוטי יקר ולהפחתה של התדיינויות; ואכן בבית משפט זה נדחו מטעמי סעיף 12 אין ספור בקשות רשות ערעור מינהליות. כך למשל נדחתה מטעמי סעיף 12 בקשת רשות ערעור על החלטה שדחתה בקשה למחיקת משיבים ולחילופין לדחיית טענותיהם על הסף (בר"ם 4444/03 סלקום ישראל בע"מ נ' לוי (מיום 29.5.2003))... יתר על כן, אפילו כשבית משפט זה סבר שיש ממש בטענות המועלות נגד 'החלטת הביניים' של בית המשפט לעניינים מינהליים אך 'החלטת הביניים' לא נכללה בגדרי סעיף 12 – הבקשה לרשות ערעור נדחתה ובית משפט זה לא סטה מהוראת הסעיף (...)" (ראו: בר"מ 7026/06 פארוח נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה נצרת, בפיסקאות 7 ו-9 (15.11.2006)).

עוד יפים לענייננו דברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, ב-רע"א 2598/08

בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא (23.11.2010), שם הוא קבע, בין היתר, כך:

"...אקדים ואזכיר כי בדרך כלל, ולמעט במקרים חריגים, יש לברר טענות סף נגד אישור תובענה ייצוגית בגדר הדיון בבקשה לאישור עצמה ולא במסגרת דיון מקדמי' (...). הכלל הוא שאין לפצל את הדיון. אם כך בערכאה הראשונה, קל וחומר לבקשות רשות ערעור המכוונות כלפי דחיית בקשה לסילוק בקשת אישור על הסף – שעה שהבקשה לאישור עצמה טרם נדונה והוכרעה: ... בכל הנוגע לבקשות רשות ערעור שעניינן אי דחייה על הסף

של בקשה לאישור תובענה כייצוגית – כבנידון דידן – צריכה היד להיות קפוצה יותר. ככלל, יש לשקול בקשת רשות ערעור (בהתאם לתבחינים שנקבעו בעניין סלקום [רע"א 8761/09 סלקום ישראל נ' פתאל (06.05.2010) – ח"מ]) רק אחרי שבית המשפט המחוזי הכריע בבקשה לאישור התובענה כייצוגית – ולא בהליכי ביניים, במסגרת הליך אישור הבקשה...". (ראו: שם, בפסקה י"ח; ההדגשות שלי – ח"מ).

62. זה המקום להוסיף כי בניסיון להכניס את הבקשה למתן רשות ערעור בעניינו לתוך ד' אמותיו של סעיף 12 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים – נטען כאן על-ידי המל"ל כי ההחלטה, מושא הערעור, הינה: "החלטה בענין סמכות עניינית..." (ההדגשה שלי – ח"מ) לפי סעיף 12(ב)(3) לחוק האמור, שעליה ניתן לבקש רשות ערעור מבית משפט זה.

פרופוזיציה זו איננה מבוססת, ודומה עלי כי גם המל"ל איננו מחזיק עוד בטענתו האמורה (ראו: התייחסות המל"ל מתאריך 20.09.2015, שבה נטען כי השאלה המשפטית שהועמדה על ידו בפני בית המשפט – "אינה שאלה של מעמד, אלא שאלה של עילה" (שם, בסעיפים 5-6; ההדגשה שלי – ח"מ)). אכן מדובר להשקפתי בשאלה של עילה – ולא בשאלה של סמכות עניינית, וגם החלטתו של בית המשפט קמא הנכבד בגדרה – איננה לפיכך "החלטה בעניין סמכות עניינית".

ודוק: כלל הסמכות העניינית של בית משפט לעניינים מינהליים לדון בתובענה ייצוגית המונחת לפתחו לפי חוק תובענות ייצוגיות – מעוגן בסעיף 5(ב)(2) לחוק האמור, הקורא כך:

"5. (ב)(2) בקשה לאישור נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר, תוגש לבית משפט לעניינים מינהליים; בסעיף קטן זה 'החלטה של רשות' כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים (קרי: 'החלטה של רשות במילוי תפקיד ציבורי על פי דין, לרבות העדר החלטה וכן מעשה או מחדל' – הבהרה שלי, ח"מ)".

דעתי היא, איפוא, כי כל עוד התביעה מוגשת כנגד רשות בכובעה ככזו, ולא בכובעה כ"עוסק", ועל פני הדברים מדובר בתביעה להשבת סכומים שהם: "מס, אגרה, או תשלום חובה אחר" – הרי שבית המשפט לעניינים מינהליים קונה סמכות לדון בבקשה לאישורה, כאשר לעניין זה אין לדקדק בתבחינים השונים של עילת התביעה לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (ראו גם דברי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, בעניין עיריית ירושלים, בפסקה 45 לפסק דינה). כאן המקום לציין כי עוד טרם שהוגשה

בקשתו של המל"ל לסילוק התביעה על הסף בענייננו, נפסק ב-בש"א (ת"א) 31042/08 איתן נ' מכון התקנים הישראלי (01.04.2009) כי העובדה שהצדדים חלוקים בשאלה אם תביעה שהוגשה נכללת בגדרו של פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות – "אין פירושה כי בית המשפט בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים איננו מוסמך לדון בבקשה לאישור התביעה כתביעה ייצוגית", וכי המקום הראוי לליכון המחלוקת בין הצדדים בהקשר זה הוא בגדרי הדיון בבקשת האישור גופה.

63. יתרה מכך. גם הרציונל המצדיק הכרה באפשרות לדון בבקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית בנפרד מהדיון בבקשת האישור עצמה – איננו מתקיים בענייננו. לא מיותר לציין כאן כי כל אותו הזמן, שבו הייתה התובענה הייצוגית תלויה ועומדת, עד להתליית ההליכים בהחלטת בית משפט זה (ושנים רבות קודם לכן) – המל"ל המשיך בהתנהלותו הבעייתית, חרף ביקורת שנמתחה על מעשיו, בין היתר על-ידי מבקר המדינה. המל"ל לא חדל מהגביה במתכונת הפגומה שלפיה נהג במשך השנים, ולא נקט, מיוזמתו, בצעדים שיבטיחו כי תהא הלימה בין דמי הביטוח המשולמים לו אגב ביקורות ניכויים לבין גובה השכר שעל יסודו תחושב ותשתלם הגמלה לעובד כשמתגבשת אצלו הזכאות. כל אותה העת המל"ל העלה טענות שונות, כגון שהתיקון המבוקש בפרקטיקה בה נהג מחייב שינויי חקיקה. לנוכח הפתרון שנמצא, תוך זמן קצר יחסית, בעקבות הערותינו והנחיות היועץ המשפטי לממשלה – מתברר, למרבה הצער, כי מרבית טענותיו של המל"ל בנוגע לקשיים במתן מענה הולם לעיוות שהוא יצר, היו לכאורה מעושות. בנסיבות אלה, דומה עלי כי יש ממש בטענת ההסתדרות שלפיה לא בהכרח כוונה להאיץ ולייעל את ההליך היא שעמדה לנגד עיניי המל"ל בהתנהלותו הדיונית בתיק זה. לנוכח הפגיעה המשמעותית שנגרמה כתוצאה מכך למבוטחים (אשר זכותם לקבלת הפרשי גמלאות מחליפות הכנסה לאור "עדכון" הכנסתם וגביית הפרשי דמי ביטוח עבורם בגדרי ביקורות ניכויים שנערכו למעסיקהם – איננה שנויה עוד במחלוקת) – טוב היה עושה המל"ל אילו נהג אחרת עובר להגשת הבקשה להכיר בתובענה כייצוגית, ולאחריה.

עתה נדון בנפקות הדברים.

ההסתדרות ובאי-כוחה זכאים לקבלת גמול ושכר-טרחה לפי חוק תובענות ייצוגיות 64. העולה מן המקובץ מלמד כי משתוקנו דרכיו של המל"ל בעקבות הגשת הבקשה להכיר בתובענה כייצוגית (הגם שהדבר נעשה על ידי המל"ל לאחר "המועד הקובע" לעניין סעיף 9(ב) לחוק ו"מבלי להודות בטענות"), באופן שהגביה במתכונתה הקודמת

– הופסקה; ולאחר שהוחלט "להחזיר כספים" לחלק מהעובדים-המבוטחים שהיו זכאים לכך, בסכום כולל של כ-69,000,000 ש"ח ומשהמל"ל "הוציא הנחיות מתאימות לביצוע האמור... לרבות השבת כספים" (ההדגשה שלי – ח"מ) – ניתנו כאמור לחברי הקבוצה, הלכה למעשה, הסעדים שהתבקשו בגדרי התובענה הייצוגית (ואף מעבר לכך). בנסיבות אלה, אין עוד הצדקה, או צורך, בניהולה של התובענה הייצוגית ודינה להימחק.

יחד עם זאת, אין משמעות הדבר כי במועד הגשתה, הבקשה להכיר בתובענה כייצוגית לא היתה מוצדקת, או ראויה להתאשר כתובענה ייצוגית. ראו בהקשר זה הדברים הבאים שנפסקו ב-ע"א 8905/02 ארגוב נ' קו אופ צפון אגודה שיתופית לשירותים בע"מ (15.01.2004):

"...משהסכימו האגודות לדרישה זו התייתר אמנם הצורך בתובענה הייצוגית, אך מהסכמת האגודות לסעד שנתבקש בתובענה נקל להיווכח כי במועד הגשתה הייתה התובענה מוצדקת ולכאורה ראויה להתאשר כתובענה ייצוגית".

כן ראו דברי השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש ב-ע"א 4065/03 גיל בר טרויס נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (03.10.2004) (להלן: עניין גיל בר):

"עצם העובדה שניתן פיצוי ללקוחות רבים אשר חויבו בגין שירות ה'לאומיפון' בלא שיש תיעוד כלשהו להסכמתם לכך, מלמדת כי הבקשה להכיר בתביעה כייצוגית לא היתה חסרת כל יסוד".

עוד יפים לענייננו, מקל וחומר, הדברים הבאים שנכתבו על-ידי השופטת מ' נד"ב ב-ת"צ (ת"א) 31387-04-12 צורף נ' המוסד לביטוח לאומי (17.12.2012) (להלן: עניין צורף):

"אכן ייתכן לכאורה שיש קושי בהתאמת עילת התובענה לפרט 11 בתוספת בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "החוק"). ואולם, אני סבורה כי התובענה הגשימה ללא ספק את מטרת החוק כהגדרתה בסעיף 1 בחוק, משהקבוצה כולה זכתה בהטבה שהגיעה לה, ואשר לא שולמה לה אלא לאחר הגשת התובענה. מטרות החוק הוגשמו בכך שמומשה זכות הגישה של אוכלוסיה המתקשה לפנות לבית משפט כיחידים, הדין נאכף, ניתן סעד הולם לנפגעים מן ההפרה והתביעה הביאה לניהול יעיל הוגן וממצה של תביעות הקבוצה".

יוער כי בעניין צורף הנ"ל התובענה הייצוגית נמחקה לאחר שהמל"ל "השיב לזכאים, נפגעי פעולות האיבה, את ההטבה המגיעה להם בגין דמי ביטוח בריאות, שבגינה הוגשה התובענה, וזאת לתקופה רטרואקטיבית של 7 שנים" (חרף טענה דומה לזו שהעלה המל"ל בפנינו, לפיה לא מדובר כלל בתביעת השבה לפי פרט 11 לתוספת השנייה,

שבעטיה ביקש לדחות את התובענה על הסף), והכל תוך פסיקת גמול לתובעת (בסך 50,000 ש"ח) ושכר-טרחה לבא-כוח המייצג (בסך 292,500 ש"ח כולל מע"מ). בגדרי הערעור (עע"מ 432/13, פסק דין מתאריך 02.01.2014) הוסמך בית משפט זה, על ידי הצדדים, להפחית במידה מסוימת את סכום שכר-הטרחה שנפסק, וזה הועמד בסופו של יום על סך של 180,000 ש"ח. יצוין כי סכום ההטבה שניתנה לזכאים בעקבות הגשת התובענה באותו עניין נע בין 2.2 מיליון ש"ח (לפי טענת המל"ל שם) ל-3.8 מיליון ש"ח (לפי טענת המבקשת שם).

65. הנה כי כן, בנסיבות שתוארו לעיל – ההסתדרות ובאי-כוחה זכאים לפסיקת גמול ושכר-טרחה לפי חוק תובענות ייצוגיות ובהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה שעסקה בקביעתם של אלה, באותם מקרים שבהם התובענה הייצוגית השיגה את מטרתה, בעקבות שינוי שחל בהתנהלות הנתבע לאחריה, דוגמת עניין צורף.  
(עיינו בהקשר זה גם בדברי פרופ' קלמנט, במאמרו: "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא (תשע"א):

"... יש מקרים שבהם הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית הביאה לשינוי בהתנהגותו של הנתבע ואף גרמה לו לפצות את מי שנפגע ממעשיו או מחדליו נשוא הבקשה. במקרים כאלה אין בדרך כלל הצדקה לאישור תובענה ייצוגית, אלא אם יש צורך בקביעת מעשה פסוק בנדון. דווקא משום כך יש לתגמל את התובע המייצג ואת עורך הדין, שבהגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הביאו את הנתבע לשנות את התנהגותו ולפצות עבור הנזקים שגרם. כאשר הבקשה הביאה לשינוי בהתנהגות הנתבע ולפיצוי הנפגעים, התובע ועורך הדין זכאים לגמול ושכר טרחה עבור זמנם, הוצאותיהם והיוזמה לפעולה כנגד הנתבע. אלה צריכים להיות משולמים להם לפי הקריטריונים הקבועים בסעיפים 22 ו-23 לחוק, בהיקש מההסדר הקבוע בסעיף 9 לחוק, כשרשות של המדינה חדלה מגבייה אסורה בעקבות הגשתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית" (שם, בעמ' 88).

66. כאן המקום להידרש להוראת סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות, אשר אמנם איננה חלה ישירות בענייננו, ואולם מטרותיה ועקרונות הפסיקה שדנה בה – יפים לענייננו, מכח המידה של קל וחומר. וכך מורה הסעיף האמור:

"9. (א) הוגשה בקשה לאישור בתביעה כמפורט בפרט 11 בתוספת השניה (בחוק זה – תביעת השבה נגד רשות), לא ידון בה בית המשפט אלא לאחר שחלפה תקופה של 90 ימים מהמועד שבו הוגשה הבקשה לאישור ובית המשפט רשאי להאריך תקופה זו מטעמים שיירשמו (בסעיף זה – המועד הקובע).

(ב) בית המשפט לא יאשר תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, אם הרשות הודיעה כי תחדל מהגבייה 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."

ההוראה הנ"ל פורשה בפסיקתו של בית משפט זה בעניין אבוטובול, כמאפשרת לבית המשפט לפסוק גמול מיוחד לתובע ושכר-טרחה לבאי-כוחו, בכפוף לשיקולים הכלליים הקבועים בסעיפים 22 ו-23 לחוק, בהתאמה – וזאת "גם במקרים אשר בהם 'נחסמה דרכו' של התובע המייצג מלהגיש תובענה ייצוגית נגד הרשות" ו"חרף דחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, מחמת הודעת חדילה של הרשות" (ראו: שם, בפסקה 29; דנ"מ מי הגליל). באותו עניין אף הוטעם כי: "הוראת סעיף 9 לחוק, מלמדת, באופן מובהק, כי מטרת התובענה הייצוגית, המוגשת נגד רשות, היא להביא להפסקת גבייה בלתי חוקית, וזאת מבלי לגרוע מן התמריצים האחרים העומדים בפני תובעים ייצוגיים ועורכי דין להגיש תובענות ייצוגיות ראיות כנגד רשויות השלטון" (ראו: עניין אבוטובול, בפסקה 30 והאסמכתאות שם; ההדגשה שלי – ח"מ). מכאן, שאין בשינוי שחל בהתנהלות הרשות, בתוך תקופת 90 הימים הקבועה בסעיף 9 לחוק, כדי לשלול מבית המשפט את האפשרות לפסוק גמול ושכר-טרחה לתובע המייצג ולבא-כוח המייצג. נראה כי אפשרות זו קיימת גם במקום שבו הבקשה לאישור התובענה הייצוגית נמחקת, נוכח חדילת הרשות מהתנהלותה הבלתי-חוקית, לאחר שחלף "המועד הקובע" לפי סעיף 9 לחוק. ראו בהקשר זה גם: סעיף 22(ג)(1) לחוק לעניין סמכות בית המשפט להורות (במקרים מיוחדים ומטעמים מיוחדים שיירשמו) על תשלום גמול לתובע המייצג – אף אם לא אושרה התובענה, או שלא ניתנה בה הכרעה לטובת הקבוצה; והשוו: סעיף 23 לחוק, המורה כי: "בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של בא הכוח המייצג בעד הטיפול בתובענה הייצוגית, לרבות בבקשה לאישור..." – וזאת מבלי להתנות את סמכות בית המשפט במישור זה באישור הבקשה, או בהכרעה לטובת הקבוצה (עיינו והשוו: פלינט וויניצקי, תובענות ייצוגיות, בעמ' 690).

67. אמות המידה המנחות לפסיקת גמול מיוחד לתובע מייצג ושכר-טרחה לבא-כוחו במצב שבו התובענה הייצוגית נגד הרשות הציבורית לא אושרה עקב הפסקת גביית התשלומים על ידי הרשות, פורטו בפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה ב-ע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים (27.12.2010). וכך נכתב שם (בפסקה 26):

”בגדרן של אמות המידה לבחינת ענין זה יש לומר, ראשית, כי ראוי לתת משקל לעובדה כי בעקבות הגשת התובענה הייצוגית, או לאחריה, החליטה הרשות לשנות את מהלכה, והודיעה כי לא תוסיף עוד לגבות כספים שבעטיים הוגשה התובענה הייצוגית להשבה, והיא אף יישמה הודעה זו. ככל שהגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית הולידה שינוי בהתנהלות הרשות הציבורית, ותרמה להשגת התכלית שלשמה הוגשה בהפסקת גביית תשלומים מהאזרחים שלא נמצא להם בסיס מוצק בדין, כך היא תרמה להגשמת האינטרס הטמון בה, גם אם לא הושקעו בכך משאבים דיוניים רבים. שיקול מעין זה עשוי להצדיק מתן גמול מיוחד ושכר טרחה ליוזמי מהלך התובענה הייצוגית; הדבר עשוי לעודד תובעים מייצגים להעמיד לביקורת שיפוטית כשלים בהתנהלות הרשויות, והוא תורם להגשמת האינטרס הציבורי בהפסקת פעולת הרשות העומדת בניגוד לחוק מצד אחד, אך זאת בלא לפגוע בציבור בכללו על ידי תשלומי כספי ציבור בשיעור ניכר לידי הקבוצה התובעת, מצד שני.

כן ראוי להתייחס בהקשר זה להיקף הטרחה, הסיכון, התועלת, והחשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית, ולצורך שכר הטרחה גם במורכבות ההליך, והאופן בו הוא נוהל בידי בא כוח המייצג. חשוב להדגיש, כי מנין השיקולים המפורט בסעיפים 22 ו-23, אליהם מפנה החוק בסעיף 9(ג), אינו ממצה, ועל בית המשפט לשקול את מכלול נסיבות הענין המסוים הניצב לפניו, ולהכריע במסגרתו האם ראוי במקרה נתון, על פי נסיבותיו, לפסוק תשלומים לתובע המייצג ולבא כוחו, ואם כן, מה שיעור התשלומים הראוי לצורך כך. השיקולים לענין זה מונחים מהתכליות שביסוד הסדר התובענות הייצוגיות בכלל, והתובענות הייצוגיות נגד הרשות הציבורית, בפרט (...).” (ההדגשות שלי – ח”מ; וראו גם: ע”מ 7484/16 המוסד לביטוח לאומי נ’ מוחני (21.02.2018) (להלן: ענין מוחני)).

68. בפסיקה ובספרות סווגו הקריטריונים (שאינם בהכרח ממצים) לקביעת שיעור

הגמול לתובע הייצוגי ושכר-הטרחה לבאי-כוח המייצג, ל-3 קטגוריות, כדלקמן:

(א) שיקולי תשומה – השיקולים הנוגעים לעלויות ולסיכון שנטלו על עצמם התובע

המייצג ובאי-כוחו בהכנת הבקשה לאישור ובהגשתה;

(ב) שיקולי התפוקה לקבוצה המיוצגת – השיקולים הנוגעים לתועלת שהביאה

הבקשה, או התובענה הייצוגית לקבוצה המיוצגת, למורכבות ההליך ולאופן ניהולו.

(ג) שיקולי הכוונה ציבורית – השיקולים הנוגעים לתועלת הציבורית שצמחה

מהשימוש בכלי התובענה הייצוגית, במובן הרחב, היינו: בהשגת תכליותיה ובהגשמת

מטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות.

(ראו: אלון קלמנט “קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס”ו-2006”

הפרקליט מט 131, 159-162 (תשס”ז); ע”א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ’ עזבון

המנוח תופיק ראבי ז”ל (04.12.2011); עניין אבוטבול, בפיסקאות 32-35; עיינו גם: דנ”מ

מי הגליל; סעיפים 22(ב) ו-23(ב) לחוק; ע"א 8114/14 מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נ' סנוול ישראל בע"מ, בפסקה 29 (05.08.2018); ע"א 689/16 נסאר נ' עיר השעשועים בע"מ (07.05.2018) (להלן: עניין נסאר).

69. לצד השיקולים שלעיל, שאינם, כאמור, בגדר רשימה סגורה – המתקיימים גם ואולי בעיקר כאשר התובענה מופנית כנגד גוף ציבורי רב עוצמה – יש להוסיף, במקרה שבו מדובר בתובענה ייצוגית המוגשת נגד רשות מרשויות השלטון, אף שיקולים הקשורים באינטרס ה"שמירה על הקופה הציבורית" ובמניעת פגיעה בתפקוד הרשות. זאת, מאחר שבמקרה כזה, הגמול לתובע המייצג ושכר טרחתם של באי-כוחו – "משולמים מן הקופה הציבורית, ושומה עלינו לנהוג בהם במשנה זהירות" (ראו והשוו: עניין אבוטבול, בפסקה 36; פלינט וויניצקי, תובענות ייצוגיות, בעמ' 691-693). יפים לעניין זה הדברים שנכתבו על-ידי חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות, בעניין טיומקין:

"הרציונלים התומכים במוסד התובענה הייצוגית, עליהם עמד בית משפט זה... מתקיימים ולעיתים ביתר שאת, כאשר הנתבע הוא גוף ציבורי רב סמכות ועוצמה שהתובע הבודד, אף אם בידו עילה טובה, נוטה להשלים עם פעולותיו ואינו מהין לקרוא עליהן תיגר. מנגד, לא ניתן להתעלם ממכלול שלם של שיקולים ייחודיים המחייבים התייחסות מקום שבו הנתבעת היא רשות המשמשת כנאמן על כספי הציבור והמופקדת על ביצוע המטרות הציבוריות שלצורך הגשמתן היא קיימת. כך למשל חיוב רשות ציבורית לשלם סכומים גבוהים מאוד עלול לפגוע בוודאות התקציבית שלה ולמנוע ממנה להמשיך ולמלא את תפקידה כראוי (...). במובן זה, פגיעה ברשות הציבורית, אשר למעשה 'אין לה משל עצמה', עלולה להוביל לפגיעה בציבור כולו, ופגיעה כזו עשויה לעיתים לעלות על התועלת שהציבור יכול להפיק מקבלת התובענה הייצוגית שעל הפרק (...)" (עיינו גם: דנ"מ מי הגליל).

עם זאת ב-דנ"א עיריית ירושלים, כתב הנשיא (בדימ') א' גרוניס, את הדברים הבאים (בנוגע לעצם ההכרה בעילת השבה ביחס לכספים שהרשות גבתה שלא כדין), היפים, בשינויים המחויבים, גם לענייננו:

"למול שיקולים אלה, ניצבים השיקולים המצדיקים הכרה בעילת השבה במקרים של גבייה בחוסר סמכות, אשר פורטו לעיל. בראשם, חוסר הצדק הכרוך במתן אפשרות לרשות ליהנות מפירות הגבייה הבלתי-חוקית, חשיבותו של עיקרון החוקיות והצורך להגן על זכויותיו של האזרח מפני כוחו העודף של השלטון. בנוסף, לפי קו הטיעון האמור, היקפה הרחב של הגבייה הבלתי חוקית דווקא מבליט את חומרת מעשיה של הרשות ואת אי-ההגינות הכרוכה בהותרת הכספים בידיה, ואין הוא מהווה שיקול לקולה. עוד ניתן לטעון כי הרשות יכולה לפזר את הנזק



שייגרם לה כתוצאה מהשבה, ואין זה צודק שהפרט שעל חשבונו נעשתה ההתעשרות, יישא לבדו בעלות (...)" (שם, בפיסקה 47).

זאת ועוד: יש להבחין בין המטרות שלשמן נועדה פסיקת הגמול לתובע הייצוגי, שהן פיצוי על הנטל שקיבל על עצמו בשם הקבוצה כולה, ועל הסיכון שנטל, וכן עידוד תובעים ייצוגיים נוספים להגיש תביעות ייצוגיות (ע"א 8430/99 אנליסט אי.אמ.אס. ניהול נ' ערד השקעות, פ"ד נו(2) 247, בפיסקאות 13-14 (2001)), לבין המטרות שבבסיס פסיקת שכר-הטרחה, שהן, בעיקרן, לפצות את עורך דין על ההוצאות שנגרמו לו בניהול ההליך בצירוף רווח סביר, ושכר-טרחה זה אמור לשקף שכר טרחה שהיה נגבה על ידו בשוק הפרטי בעד השירות המשפטי לקבוצה (ראו: פלינט וויניצקי, תובענות ייצוגיות, בעמ' 677-678).

אבחן, איפוא, את פועלם של השיקולים הנ"ל על קביעתם של: שיעור הגמול המיוחד לתובעת המייצגת בענייננו (ההסתדרות) ושל: שכר-הטרחה של באי-כוחה, בעבור הטיפול בבקשה לאישור התביעה כייצוגית, לרבות טיפולם בהליך שבפנינו.

מן הכלל אל הפרט

70. יישום השיקולים ואמות המידה שנזכרו לעיל על נסיבותיו של העניין שבפנינו מוביל, לטעמי, למסקנה כי ההסתדרות ובאי-כוחה זכאים בנסיבות לגמול ולשכר-טרחה (בהתאמה) בסכומים משמעותיים. אבאר טעמי למסקנתי זו מיד בסמוך.

71. במישור של שיקולי התשומה: התובענה הייצוגית בענייננו – איננה תביעת השבה "טריוויאלית", אלא תביעה מורכבת, שנדרשה לשאלה, שאף ברמה המופשטת שלה יש שהגדירוה כשאלה "קשה" (ראו: דנ"א עיריית ירושלים, בפיסקה 33). מקובל עלי כי לנוכח ייחודיות הסיטואציה שנוצרה על-ידי המל"ל בהתנהלותו כאן – הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית הצריכה מקצועיות רבה ויצירתיות בפרשנות הדין. ודוק: לא מדובר בהליך שהוגש לאחר שדבר קיומה של ההתנהלות הבעייתית נתגלה לנוכח הודעתו של המל"ל ושינוי דרכיו, אלא להפך – התובענה היא זו שהביאה לתיקון דרכי הרשות. השוו בהקשר זה: עניין קו מחשבה, בפיסקה 24, שם צוין כי לשם הגשתה של תביעה שבגדרה מתבקשת תקיפה של התנהלות הרשות "בזמן אמת": "הייתה נדרשת מלאכת הכנה מקצועית ומורכבת". כיום ברור, איפוא, כי התובענה הייצוגית שאישורה התבקש – לא הייתה בגדר תביעה טורדנית התלושה מן הדין ומהמציאות (ראו והשוו: עניין אכדיה). ההפך הוא הנכון: בהגשת הבקשה (ובניהול ההליך) – הושקעו עבודה ומאמץ רבים (על

פי הנטען, למעלה מ-700 שעות עבודה). אלה ניכרים באופן עריכת הבקשה, בנימוקיה המפורטים, בבהירות הטענות שהועלו בה ובתימוכין שהובאו להן ואף בהתנהלות בערעור. מידת "הסיכון הכלכלי" שנטלו על עצמם ההסתדרות ובאי-כוחה בהגשת התובענה – היתה גבוהה. ההסתדרות עמדה בפועל בפני סיכון לסילוק בקשתה ותביעתה על הסף, תוך חיובה בהוצאות (סיכון אשר סוכל בהחלטת בית המשפט קמא הנכבד).

72. במישור שיקולי התפוקה לקבוצה המיוצגת: בעקבות הגשת התובענה, וליתר דיוק – בעקבות הערותינו בדיון בבקשת רשות הערעור שהגיש המל"ל על ההחלטה שלא לסלק על הסף את התובענה הייצוגית וגישתו של היועמ"ש **למהות הדברים** – נמצא מזור לבועיה שהתובענה הייצוגית ביקשה ליתן לה מענה. המל"ל תיקן את שהיה טעון-תיקון בהתנהלותו רבת-השנים, ואף "השיב כספים" בסכום מצטבר של כ-69 מיליוני שקלים לכ-380 אלף עובדים במשק. בכך השיגה התובענה, למעשה, את מטרתה העיקרית.

סכומי הגמול ושכר-הטרחה צריכים לשקף, איפוא, את מידת תרומתם של ההליך והערעור ושל פעילות ההסתדרות להשגת הפתרון, בהתחשב בטיבו ובהיקפו. הסכום שהמל"ל השיב עד כה לזכאים, בעקבות הגשת התובענה הייצוגית – מחייב, לכאורה, פסיקת שכר-טרחה **בהיקף משמעותי**. יחד עם זאת, מן ההכרח להתחשב בכך שהפתרון לא הושג בין הצדדים לתובענה לבין עצמם, אלא בהסדר שבו היה מעורב גם בית משפט זה – והיועמ"ש. עם זאת יש לשים אל לב במכלול גם לדברי הביקורת של מבקר המדינה ולהצהרת באי-כוח היועמ"ש שלפיה העניין היה מצוי בטיפול משרד היועמ"ש מזה זמן רב טרם הגשת התובענה. לפיכך ניתן להניח, במידת מסוימת של סבירות, שהסדר דומה היה מושג ממילא, במוקדם, או במאוחר (השוו: עניין גיל בר, בפסקה 4). לצד האמור, בהתחשב בכך שבמשך שנים ארוכות נמנע המל"ל מלשנות את התנהלותו, **חרף הביקורת שנמתחה עליו** – הייתה חשיבות ציבורית רבה לבקשה לאישור התובענה הייצוגית שבכאן, והיא תרמה לא מעט לשינוי ההתנהלות. דומה עלי כי לא יכול להיות ספק שהבקשה והתובענה (אליהן הצטרפו גם הערותינו בדיון), ועמדת היועמ"ש הן שיצרו את התמריץ העיקרי לשינוי הממשי שחל בהתנהלות המל"ל. מסקנה זו עולה מדבריהם של נציגי המל"ל עצמו (ראו פסקה 22 שלעיל) כמו-גם מעמדתו של היועמ"ש (ראו פסקה 21 שלעיל). הנה כי כן, התובענה הסבה תועלת רבה לזכאים ולציבור – ויש ליתן לנתון זה משקל ממשי בפסיקת הגמול ושכר-הטרחה בנסיבות.

73. באשר לאופן ניהול ההליך: התועלת לחברי הקבוצה בענייננו – לא הושגה באמצעות "הודעת חדילה" שמסר המל"ל ביוזמתו בסמוך לאחר הגשת הבקשה לאשר את התובענה כייצוגית, כפי שיכול היה לעשות מכוח סעיף 9 לחוק, אלא להפך. הפתרון

לבעיה שהציף ההליך (אשר התברר כי הקושי ביישומו לא היה "כצעקתה", כנטען) – נמצא רק לאחר שבית משפט זה ישב על המדוכה, דבר שהצריך השקעת משאבים נוספת מצד כל הצדדים המעורבים, מעבר לזו שנדרשה לצורך הכנת התובענה. בתוך-כך נאלצו ההסתדרות ובאי-כוחה להשקיע זמן והוצאות לשם הדיפת הטענות שהועלו על-ידי המל"ל, הן בגדרי הבקשה לסילוק על הסף והן בגדרי בקשת רשות הערעור (והערעור) על החלטתו של בית המשפט קמא הנכבד – הליכים, אשר מלכתחילה לא היו מבוססים כדבעי, כאמור. אילו שינה המל"ל את התנהלותו בסמוך לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, או קודם לכן, לרבות בעקבות פניית ההסתדרות אליו עובר לפתיחת ההליך, בבקשה מנומקת שהופנתה אליו לפי חוק חופש המידע (שצוין בה מפורשות כי המידע נדרש "לצורך המשך פעילות הח"מ למיזוי זכויות המעסיקים/עובדים על פי הדין" (ויוער כי על-פי הלכת דנ"מ מי הגליל – פניה מוקדמת זו כלל לא הייתה הכרחית)) – היו נחסכים: מהמל"ל, מההסתדרות ומבאי-כוחה, מהיועמ"ש שהתייצב להליך וכן מבית משפט זה – המשאבים הרבים שהושקעו בגדרי ההליכים הקשורים בתובענה. יחד עם זאת, יש לזכור כי אנו מצויים עדיין, הלכה למעשה, בשלב מקדמי, שכן הבקשה לאישור התובענה כייצוגית טרם נדונה, ולא מדובר בתובענה שהתבררה עד תום, דבר שהיה מצריך, מטבע הדברים, השקעת משאבים נוספים.

74. במישור של שיקולי הכוונה ציבורית: חשיבות התובענה הייצוגית המוגשת נגד "רשות" טמונה, בין השאר, בכוחה ההרתעתי כלפי רשויות השלטון. הזדעקותו של היועמ"ש לנוכח הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית והשינוי שחל בהתנהלות המל"ל, תוך זמן קצר יחסית, בעקבות הערותינו בדיון (שלא היה מתקיים אלמלא הוגשו הבקשה לאישור התובענה הייצוגית ובקשת רשות הערעור), לאחר שנים רבות שבהם נמנע המל"ל מלפעול בהתאם להוראות החוק ולאמות המידה המחייבות אותו בהיותו רשות ציבורית – הם שמעידים כי להליכים שבפנינו היתה חשיבות רבה לשם הכוונה ציבורית ראויה ולתיקון שהתבצע בעקבותיה. יחד עם זאת התיקון התרחש רק כ-3 שנים לאחר פתיחת ההליך, ומכאן שאף זכאים שנמנעה מהם הזכאות באותה תקופה היו רשאים ליהנות מהתובענה על פי ההלכה שנפסקה בהרכב מורחב מפי חברי, השופט נ' הנדל ב-דנ"מ 8626/17 עופר מנירב, רו"ח נ' מדינת ישראל – משרד האוצר – רשות המיסים (11.11.2020) (להלן: דנ"מ מנירב)).

לפסיקת גמול ושכר-טרחה בשיעורים משמעותיים בנסיבות אלו – ישנה, איפוא, חשיבות רבה – בקידום כוחו ההרתעתי והאכיפתי של מוסד התובענה הייצוגית, ובעידוד רשויות המדינה לתקן בהקדם כשלים בהתנהלותן, למצער בנוגע לגבייה לא חוקית של: מסים, אגרות, או תשלומי חובה אחרים.

75. זאת ועוד – אחרת. פסיקת גמול ושכר-טרחה בסכומים משמעותיים, בנסיבות המקרה שבפנינו – תעודד "ארגונים", כמשמעם בחוק תובענות ייצוגיות, להגיש תביעות ייצוגיות ראויות, שתבקשנה להעמיד לביקורת כשלים בהתנהלות רשויות המדינה, ותתרומנה לתיקון דרכיהן של הרשויות. תוצאה זו – שהינה אחת מהתכליות שהמחוקק ביקש להשיג באמצעות חוק תובענות ייצוגיות (ראו, למשל, סעיפים: 4(א)(3) ו-22(ג)(2) לחוק האמור) – רצויה מבחינה חברתית וציבורית, ועל בית המשפט לתרום להשגתה (ראו: פינק). במיוחד כך במקום שבו מתבקש בתובענה סעד כספי, שלהשקפתי "דרך המלך" לתביעתו היא באמצעות חוק תובענות ייצוגיות.

76. לצד זאת, יש לזכור כי כאשר מדובר בתביעה ייצוגית המוגשת על-ידי ארגון, הרי שבהגשת התביעה הייצוגית פועל הארגון לרוב למימוש המטרות שהוא נועד ממילא לקדם. נתון זה עשוי להחליש במידה מסוימת את ההצדקה לפסוק לארגון גמול בשיעור גבוה (ביחס לשיעור שהיה נפסק בנסיבות דומות אילו הוגשה התביעה על-ידי אדם, לפי סעיף 4(א)(1) לחוק), בפרט כאשר הארגון נוהג לגבות מהמשתייכים אליו "דמי ארגון", או "דמי ייצוג". במיוחד אמורים הדברים בשעה שמדובר בארגון-עובדים-יציג, אשר לנוכח חובת הנאמנות המוגברת שהוא חב כלפי העובדים שהוא מייצג – אין, לכאורה, צורך ליתן לו תמריצים כלכליים נוספים כדי לעודדו לתבוע ולפעול להגנת העובדים (עיינו: קלמנט ורבין-מרגליות, תובענות ייצוגיות בידי עבודה, בעמ' 389-390; יוער כי הצעתם של המחברים המלומדים לפיה ראוי שארגון העובדים יפנה, ככלל, לדרך של סכסוך קיבוצי, ולא לערוץ התובענה הייצוגית – נאמרה שם ביחס לתביעות שתכליתן אכיפת זכויות העובדים אל מול מעסיקהם, ולא ביחס לתביעות כמו זו שלפנינו; עוד יוער כי מוסכם על הצדדים שבפנינו כי לפסק הדין בעניין הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל – אין השלכה ישירה על ענייננו).

77. שיקולי השמירה על הקופה הציבורית: לצד כל השיקולים שעליהם עמדתי לעיל, יש, כאמור, להתחשב בכך שכספי המל"ל, שמהם אמורים להשתלם הגמול להסתדרות ושכר-הטרחה לבאי-כוחה – הם, בסופו של יום, כספי ציבור. האינטרס הציבורי מצדיק איפוא זהירות והקפדה בקביעת הזכות לתשלומי הגמול ושכר-הטרחה ובהערכת שיעורם הסביר של תשלומים אלה, כפי שנפסק בעניין אכדיה (שם, בפסקה 32). אף-על-פי-כן, מאחר שבענייננו התחוויר כי כתוצאה מפעולת הגבייה שנעשתה במתכונת שקדמה לשינוי שחל בחודש ינואר שנת 2013 – הוחזקו ועדיין מוחזקים בידי המל"ל כספים בסדרי גודל של עשרות מיליוני שקלים (שמקורם בגבייה שנעשתה ממעסיקים במסגרת ביקורות ניכויים, במהלך כ-20 שנה), אשר תקופה ארוכה לא נעשה בהם שימוש למטרה שלשמה הם נגבו, הרי שמדובר בכספים בסכומי עתק שלא הוחזרו ב"זמן אמת", או בכלל לזכאים

לתקופותיהם (שכן החזרת הכספים לזכאים נעשתה לתקופה של 7 שנים בלבד, בעוד שהגבייה מהמעסיקים נעשתה לאורך תקופה של כ-20 שנה, ונראה כי אין עוד לזכאים שמעבר להתיישנות האזרחית אפשרות לתבוע אותם היום). בנסיבות אלו, דומה עלי כי יש להתחשב בשיקול זה, אבל במידתיות.

78. לשם השלמת "תמונת השיקולים" הצריכים לעניין, לא מיותר להביא כאן גם מהדברים הבאים שנפסקו מפי הנשיא א' גרוניס, ב-ע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' רייכרט (23.05.2012) (להלן: עניין רייכרט), באשר לאופן פסיקת שכר-טרחתו של עורך הדין המייצג:

"...[ש]בתביעות ייצוגיות שעניינן בסעד כספי יש לאמץ את שיטת האחוזים כשיטה המקובלת לקביעת שכר הטרחה של עורך הדין המייצג. שיעור האחוזים שייפסק יושפע הן מנסיבותיו הספציפיות של ההליך, הן מהאופן בו הסתיים ההליך והן מגובה הסכום שנפסק. כמו כן, יחושב שיעור שכר הטרחה מתוך הסכום שנגבה על ידי הקבוצה בפועל. כמו כן, מן הראוי לפסוק את שכר הטרחה בשיעור מדורג, במובן זה שכלל שסכום הזכייה גדל, אחוז שכר הטרחה קטן".  
(ראו: שם, בפסקה 11; כן ראו: ע"מ 9237/12 עיריית מודיעין מכבים רעות נ' א.ש. ברקאי בע"מ, בפסקה 5 (18.05.2014) (להלן: עניין עיריית מודיעין); עניין נסאר; פלינט וויניצקי, תובענות ייצוגיות, בעמ' 683-685).

באותו עניין נפסק, בשים לב ל"אופן התנהלותם הראוי לשבח של באי כוח התובע המייצג, מורכבותו הייחודית של ההליך והזמן הרב מאוד בו הוא נוהל", כדלקמן:

"...על כל סכום שנגבה בפועל עד ל-5 מיליון ש"ח, ייפסק לטובת בא-הכוח המייצג שכר טרחה בשיעור של 25% [להלן: המדרגה הראשונה – ח"מ];  
על כל סכום שנגבה בפועל בין 5 מיליון ש"ח עד ל-10 מיליון ש"ח ייפסק שכר טרחה בשיעור של 20% [להלן: המדרגה השנייה – ח"מ];  
ועל כל סכום שנגבה בפועל מעל 10 מיליון ש"ח, ייפסק שכר טרחה בשיעור של 15% [להלן: המדרגה השלישית – ח"מ]."

79. אשר על כן, בהתחשב במכלול השיקולים שפורטו לעיל ובשים לב לנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו, אני סבור כי יש להורות על מחיקת התובענה והבקשה לאישורה, תוך חיוב המל"ל בתשלום גמול להסתדרות ושכ"ט לבאי-כוחה. את הסכומים האמורים יש לגזור, לטעמי, על פי שיטת החישוב שהותוותה בעניין רייכרט, בשינויים המתחייבים הנדרשים, בהתחשב בכך שמדובר בתובענה ייצוגית נגד רשות, וכן ביתר נסיבותיו הפרטניות של המקרה שבפנינו.

כאן המקום לציין כי השיעור של 25% שננקב בעניין רייכרט עבור ה"מדרגה הראשונה", נקבע כך בשים לב לעובדה שמדובר היה בתובענה מורכבת בניירות ערך, שהצריכה השקעה ומקצועיות, אשר התבררה עד תום, לרבות בערעור, במשך תקופה ארוכה מאוד, תוך שהודגש כי מדובר בשיעור חריג. מכאן ניתן להסיק כי במקרה שבו מדובר בתובענה שהיא כמהות פשוטה יותר, אשר הסתיימה לטובת הקבוצה בשלבים מוקדמים יותר של ההליך – שיעור שכר-הטרחה עבור "המדרגה הראשונה" צריך להיות נמוך בהרבה. דומה עלי, מבלי לטעת מסמרות בדבר, כי ניתן לומר שיהיה זה סביר להעמיד את שיעור שכר-הטרחה שייפסק במקרה "רגיל" של תובענה ייצוגית – בסכומים משמעותיים (למעלה מ-5 מיליון ש"ח), אשר התבררה עד תום בערכאה דיונית, על פי המדרגות שהוצעו בעניין רייכרט בהתאם לסכום התועלת שצמחה לקבוצה בעקבותיה; מנגד את שיעור שכר-הטרחה שייפסק כאשר ההליך הסתיים – לטובת הקבוצה בסכומים משמעותיים לאחר אישורה כייצוגית ומבלי שהתובענה התבררה עד תום (בין אם היא הסתיימה בפשרה, או בהסתלקות) – יש לגזור לכדי מחצית מהתעריף שננקב על-ידי הנשיא א' גרוניס. זאת ועוד – את שיעור שכר-הטרחה כאשר עיקר הסעד שנעתר ניתן לחברי הקבוצה, טרם אישורה של התובענה כייצוגית, אך לאחר (ואולי בעקבות) דיון בבקשה לאשרה ככזו, או במסגרת הערעור – יש להעמיד על כרבע משיעור המדרגות האחוזיות שהוצגו בעניין רייכרט.

למען הסר ספק יובהר כי אלה הם קווים מנחים בלבד, ובית המשפט המברר הנדרש לעניין רשאי לסטות מהם בהתאם לנסיבות כחכמתו.

כל האמור לעיל אמור לחול בהליכים לאישור תובענות ייצוגיות כנגד תאגידים שאינם רשויות. כאשר מדובר ברשויות יש צורך בהתחשבות נוספת, והיא תפורט מיד בסמוך.

80. כאשר מדובר בתביעות ייצוגיות נגד רשות המוגשות על פי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות – בית המשפט עשוי להיזקק "לנקודה ארכימדית שעל בסיסה יוכל לחשב את סכומי הגמול ושכר הטרחה, וזאת מעבר לעקרונות הכלליים המתווים לעיל. נקודה זו קיימת בדמות הסעד שהיה נפסק אילו התקבלה התובענה, ולחלופין בנזק העתידי שמנעה הגשת התובענה" (ראו: דנ"מ מי הגליל; עיינו גם: עניין עיריית מודיעין; עניין אבוטבול). הנה כי כן בנסיבות המתאימות ניתן "ליישם את שיטת האחוזים הן על בסיס התועלת העתידית המשוערת, באופן המוגבל ל-24 חודשים קדימה, והן כנגזרת מן הסעד שהיה נפסק לטובת הקבוצה אילו התקבלה התביעה, ובאופן

המוגבל ל-24 חודשים אחורנית" (ראו: דנ"מ מי הגליל; עניין מוחני; דנ"מ מנירב). משמעות הדבר בענייננו היא, איפוא, כי חרף החלטתו של המל"ל "להחזיר כספים לפנים משורת הדין" לזכאים, כנטען, עד לגובה הפרשי הגמלה שלא שולמו להם ביחס ל-7 שנים אחורה, הרי שאת הגמול ושכר-הטרחה אין "לגזור" מהסכום הכולל של הכספים שהושבו בפועל לזכאים (השבה לתקופה של 7 שנים), אלא מסכום המשקף השבה ביחס לתקופה של שנתיים בלבד (לשם הנוחות אכנה סכום זה להלן: סכום תקרת ההשבה).

מעבר לכך ראוי להעניק לשיקול הציבורי (וכי מדובר פה בכספי ציבור) משקל נוסף ולהפחית במידתיות את הגמול ואת שכר-הטרחה הכוללים המתקבלים מהחישוב הנזכר בפיסקה 79 שלעיל, כדי 10% בנסיבות (וראו הרחבה בפיסקה 82 שלהלן).

81. כאן המקום לציין כי מבחינת הרשות – השבה לתקופה של 7 שנים איננה מעשה "פילנתרופי", שנעשה "לפנים משורת הדין", אלא החלטה הנובעת גם משיקולים כלכליים. זאת, משום ש"ההגנה" המוקנית לרשות בסעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות – איננה חוסמת את הדרך מפני הגשת תביעות פרטניות. לכן כשמדובר בסכומים שאינם בטלים-בשישים בעבור התובע הפרטי, הרשות חשופה לתביעות השבה פרטניות הכפופות לתקופת ההתיישנות הרגילה וייתכן שכדאי היה לה להשיב מיוזמתה את הכספים כדי לחסוך את ההוצאות הנובעות מניהול הליכים פרטניים מרובים, לנוכח התוצאה שהושגה (מעין חדילה) בעקבות הגשת התובענה הייצוגית. לצד האמור, יוזמת הרשות להשיב בפועל כספים לזכאים לתקופה החורגת מ"תקופת ההשבה המקסימלית" הקבועה בסעיף 21 לחוק – גם אם היא מונעת משיקולים הקשורים בטבורם לדין, ולא משיקולים המצויים במישור של "לפנים משורת הדין" – ראוייה להתחשבות, כשיקול להקטנת סכום הגמול ושכר-הטרחה שייפסקו. קביעה זו עולה בקנה אחד עם הרצון לעודד רשויות להחזיר כספים המוחזקים על ידן שלא כדין, גם מעבר לתקופה הקבועה בסעיף 21 לחוק (ועיינו גם: דנ"מ מנירב).

82. בתוך-כך, אני סבור כי שיקולים של שמירה על הקופה הציבורית ומתן תמריץ לרשות לשנות את דרכיה מבלי למצות עד תום את בירור התובענה הייצוגית נגדה (שיקולים שמשקפים גם בהגנות המיוחדות המוקנות לרשות בגדרי חוק תובענות ייצוגיות) – מצדיקים הפחתה מתונה של השיעורים שפורטו לעיל, וזאת כאמור בעיקר בשלבים שלפני אישור התובענה כיייצוגית, אך לא לאחר אישורה. הדבר נובע מכך שאין, לטעמי, מקום לתת לרשות שמתעקשת על בירור תובענה ייצוגית מוצדקת "הנחה" נוספת מעבר לזו שניתנת לה מעצם הגבלת הסכום שממנו ייגזר שיעור שכר-הטרחה, בהתאם להוראת סעיף 21 לחוק ולפסיקה שנסקרה לעיל. משכך, כשמדובר בתובענה נגד רשות,

שהסעד העיקרי שנעתר בגדרה ניתן לאחר אישורה כייצוגית (בין אם בפסק דין, ובין אם בהסדר שהושג בין הצדדים ואושר על ידי בית המשפט) – ראוי לגישתי להחיל את השיעורים הנ"ל, מסכום ההשבה בפועל, על פי המדרגות שפירטתי לעיל. לעומת זאת, כאשר הרשות שינתה את דרכיה טרם אישור התובענה, קל וחומר בתוך "המועד הקובע" לחדילה לפי סעיף 9 לחוק, ועוד בטרם שנערך בה דיון – יש מקום להפחתה מהשיעורים שלעיל (שייגזרו אף הם מסכום ההשבה בפועל, עד לסכום תקרת ההשבה).

בנוסף, יש מקום לתמרץ את הרשות שלא תסתפק בחדילה בלבד, אלא במידת האפשר גם להשיב לזכאים את הכספים שהיא גבתה מהם, או בעבורם, שלא כדין. לפיכך, יש לשיטתי, מקום להפחית את שיעור שכר-הטרחה במקרה שבו הרשות השיבה כספים לזכאים לתקופה של שנתיים (כפי שהיא הייתה מחויבת לעשות אילו התביעה התבררה עד תום והוכרעה לטובת הקבוצה), לא כל שכן וביתר-שאת, במקום שבו הרשות השיבה כספים לזכאים לתקופה של 7 שנים עובר להגשת התובענה.

83. בעניין צורף – המל"ל העלה טענות דומות לאלה שהציג כאן, והתובענה הסתיימה באופן דומה (אך לא זהה) לאופן שבו הסתיימה למעשה התובענה בענייננו, היינו: השבת כספים לזכאים לתקופה של 7 שנים, טרם אישור התובענה כייצוגית, בתוך המועד הקובע לחדילה לפי סעיף 9 לחוק (מיד בסמוך לאחר הגשת התובענה) – דבר שהוביל לדחיית התובענה. בית משפט זה הפחית (בהסכמת הצדדים) מסכום שכר-הטרחה שנפסק על-ידי בית המשפט המחוזי, והעמידו על סכום של 180,000 ש"ח, המהווה כ-6% מסכום ההטבה שניתנה שם בפועל לזכאים (ל-7 שנים). יודגש כי סכום ההטבה באותו עניין היה נמוך "מהסכומים המשמעותיים", שעליהם דיברתי בפיסקה 79 שלעיל.

הנה כי כן, ענייננו דומה (אם כי לא זהה), כאמור, לעניין צורף, ולא מתקיימים, לגישתי, שיקולים המצדיקים פסיקת שכר-טרחה בשיעור נמוך מזה שנפסק בו, למצער ביחס ל"מדרגה הראשונה" של סכום תקרת ההשבה. אדרבה: בענייננו יש להשקפתי מקום לפסיקת שכר-טרחה בשיעור גבוה יותר מזה שנפסק בעניין צורף, וזאת לאור מורכבותה היחסית של התובענה פה, אשר מקובל עלי כי עריכתה דרשה השקעה ומקצועיות, ולנוכח התנהלות המל"ל. בהקשר זה יש לזכור כי ההסתדרות ובאי-כוחה נאלצו להתמודד עם הליכי סילוק על הסף (לרבות ערעור) – שלא היה להם כאמור מקום בנסיבות, וכי השבת הכספים לזכאים (לתקופה של 7 שנים אמנם) נעשתה רק בעקבות הערותיו של בית משפט זה ועמדת היועמ"ש, וגם זאת רק בחלוף כ-3 שנים ממועד הגשת הבקשה לאישור



התובענה כייצוגית (שבגדרה התקיימו שלושה דיונים בפני שלושה מותבים שונים של בית המשפט המחוזי ושל בית משפט זה).

84. אשר על כן ונוכח כל האמור לעיל, דומה עלי כי יש לגזור את שיעור שכר-הטרחה לבאי-הכוח המייצגים בענייננו מסכום תקרת ההשבה, שאותו ניתן להעמיד על סך של 20,000,000 ש"ח (להלן: סכום ההשבה לצורך חישוב שכר-הטרחה) – המשקף, לנוכח הסכום שהושב בפועל על-ידי המל"ל (כ-69,000,000 ש"ח לתקופה של 7 שנים) – החזר לתקופה של שנתיים, בקירוב; לפיכך שיעור שכר-הטרחה – עבור "המדרגה הראשונה" יעמוד, על פי המתווה העקרוני שהוצג לעיל, על 6.25% מסכום ההשבה לצורך חישוב שכר-הטרחה, שיעור שכר-הטרחה עבור "המדרגה השנייה" (5 מיליון ש"ח נוספים) – יעמוד על 5% מסכום ההשבה לצורך חישוב שכר-הטרחה; ושיעור שכר-הטרחה עבור "המדרגה השלישית" (10 מיליון ש"ח נוספים) – יעמוד על 3% מהסכום האמור. מכאן, שבאי-כוח ההסתדרות זכאים לשכר-טרחה בסכום כולל של 862,500 ₪, לפי החישוב שלהלן:

$$6.25\% \times 5,000,000 = 312,500 \text{ ₪}$$

$$5\% \times 5,000,000 = 250,000 \text{ ₪}$$

$$3\% \times 10,000,000 = 300,000 \text{ ₪}$$

**סה"כ: 862,500 ₪ בצירוף מע"מ.**

מסכום כולל זה יש להפחית 10% בשל היות המל"ל רשות, דהיינו 86,250 ₪, כך שהסכום שישולם יעמוד על 776,250 ₪, בצירוף מע"מ.

85. יוער כי הסכום הנ"ל שקול בקירוב למכפלת שעות העבודה שהושקעו בתובענה, על פי הנטען (700), ב-250\$ לשעת עבודה, בתוספת מע"מ. נתון זה תומך בחישוב המוצע, שכן שכר-הטרחה שנפסק בגדרי תובענה ייצוגית (ובכלל) צריך לשקף, ככל שניתן, גם את "שווי השוק" של העבודה שהושקעה (ובלבד שהיא איננה חורגת מהסביר בהתחשב בנסיבות העניין), בצירוף רווח מקובל בגין מרכיב הסיכון שנטלו על עצמם עורכי-הדין המייצגים.

86. את סכום הגמול להסתדרות – יש להעמיד, לגישתי, על 25% מסכום שכר-הטרחה הנ"ל, היינו על סך של 215,625 ש"ח. זאת בהתחשב בכך שהתובענה הוגשה על-ידי ההסתדרות, אשר בעשותה כן פעלה בהתאם למטרות שהיא אמורה לקדם ממילא ומתוקף חובת האמון שהיא חבה כלפי חבריה, המשלמים לה "דמי-ארגון".

87. הנה כי כן, אם תישמע דעתי, נחייב את המל"ל לשלם להסתדרות סכום של 215,625 ₪ ולבאי-כוחה סכום של 776,250 ₪, בצירוף מע"מ והכל תוך 30 יום ממועד מתן פסק דין זה. הסכום האמור יישא ריבית והפרשי הצמדה ממועד החיוב ועד למועד התשלום בפועל. הסכום האמור כולל בחובו אף תשלום הוצאות בהליך זה בכל הערכאות.

אחר הדברים האלה

88. כעת, לאחר שהגיעה לעיוני חוות דעתו של חברי, השופט י' עמית – ברצוני להוסיף מספר הערות.

89. חברי, השופט י' עמית מציין בחוות דעתו כי אין מדובר בענייננו בתביעה להשבה של דמי הביטוח ששולמו על-ידי המעבידים, אלא בתביעה לאכיפת זכותם של העובדים לתשלום מלוא גמלת הביטוח המגיעה להם (ראו בפסקה 4 לחוות דעתו). לכך אשיב כי אין מדובר, בנסיבות, בתביעה לאכיפה, אלא בתביעה להשבה **מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט** (שהרי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות מבוסס על עילה מכוח דיני עשיית עושר, ועיינו: דנ"א ירושלים). ההסתדרות ביקשה, בנסיבות המקרה, בשם העובדים השבה של החלק היחסי מההתעשרות של המל"ל, שנבעה מהחזקה שלא כדין של המל"ל בכספים שהמל"ל גבה מהמעבידים, וזאת לשם הבטחת זכויות העובדים.

טעם הדבר שלא נתבעה פה אכיפה ספציפית, אלא השבה, היה נעוץ בכך שלא היו בידי המל"ל והעובדים נתונים מדויקים (פר עובד) לגבי הגביה והפרשי הגמלאות שמגיעים לכל עובד ועובד בעקבות אירוע מזכה; לכן גם ההשבה נעשתה **בקירוב**. לפיכך מדובר היה בהשבה יחסית מההתעשרות שלא כדין, שהצטברה אצל המל"ל (על חשבון העובדים).

90. יתר על כן, כפי שקבעתי בחוות דעתי – התנהלותו של המל"ל עלתה כדי הפרת חובת האמון שלו כלפי מבוטחיו (העובדים). המשך החזקת הכספים בידי המל"ל, לאחר קרות אירועים מזכים – הובילה איפוא להתעשרותו של המל"ל על חשבון העובדים, ומשכך קמה למל"ל חובת השבה של ההתעשרות (ראו בהקשר זה – הרחבה בפסקה 39 שלעיל).

91. בפועל, המל"ל התנהג במכלול בדומה למעבידים. אלה לא העבירו (בעבור העובדים) את הניכויים שהתחייבו מהם עד שהמל"ל גילה את הדבר וגבה מהם את הפרשים. והנה כאשר התרחש אירוע מזכה – המל"ל לא העביר לעובדים הזכאים את מלוא מה שמגיע להם. משנודע הדבר, הרי שבעקבות הגשת הבקשה לאישור התובענה

כייצוגית, הערות בית משפט זה וקבלת עמדה מטעם היועמ"ש – הוחזרו הכספים לעובדים בקירוב.

92. זאת ועוד: לפי דנ"א עיריית ירושלים, הנדון בפסקה 40 שלעיל (בו נטלנו חלק בהרכב: השופט נ' הנדל והח"מ), נפסק כי גביית כספים על-ידי רשות, שלא בסמכות – מקימה חובת השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, אשר משתקפים כאמור בפרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (ראו דיון מקיף בהמשך פסקה 40 שלעיל).

93. נוסף על כל האמור עד הנה – ציינתי (בפסקה 43 שלעיל) כי למונח: "השבה" יש משמעות רחבה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, שכוללת גם העברה של רווח שנוצר שלא כדין – לידי התובע. לפיכך, כפי שהראיתי בחוות דעתי – אין בעובדה שהכספים שנגבו לא באו ישירות מכיסם של העובדים כדי לשלול את אופי התביעה שבבקשה נעתר לראותה כייצוגית – כתביעת השבה. בהקשר זה גם הזכרתי את המקרה המתואר אצל המלומדים פרידמן ופיראד בר-אור בספרם, שם נקבע כי ניתן להכיר בתביעת השבה של א', גם כאשר התעשרותו של הנתבע (ב') צמחה לו מידי ג' (ראו פסקה 44 שלעיל).

94. סיכומם של דברים: בענייננו עסקינן ב"השבה בקירוב", כמשמעה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, ולכן אינני שותף לדעתו של חברי, השופט י' עמית, כי מדובר באכיפה שלא נכנסת לגדרי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט י' עמית:

לצערי איני יכול להצטרף למסקנתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר ודעתי בסוגיה הנדונה שונה מדעתו.

1. אפתח בהערה הנוגעת למסגרת הדיונית ולשלב הדיוני שבו אנו נמצאים. ענייננו בבקשת רשות ערעור על החלטה הדוחה בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. כפי שציין חברי, הכלל הוא שאין לערוך דיון נפרד בבקשה לאישור תובענה כייצוגית ובבקשה לסילוק בקשת האישור על הסף, ולכן "לא היה גם מקום להגיש בקשת רשות ערעור על החלטה הנ"ל" (פסקה 60 לפסק דינו). לנוכח דברים אלה, ספק אם היה מקום מלכתחילה להיעתר לבקשה למתן רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי ולדון בה כבערעור.

מכל מקום, משניתנה רשות ערעור, התברר כי ביני לביני המוסד לביטוח לאומי שילם לעובדים סכום של כ-70 מיליון ₪. משכך, הדיון בסוגיה שעמדה על הפרק הפך לתיאורטי ולאקדמי. אציין כי המוסד לביטוח לאומי עמד על כך שתיתן הכרעה בשאלות המשפטיות שעמדו על הפרק ודרש לחייב בשכר טרחה את ההסתדרות. מנגד, ההסתדרות עצמה סברה שאין הכרח בכך, כפי שעולה מבקשת באי כוחה לפסוק שכר טרחתם, שם נכתב: "גישה זו יש להעדיף גם על פני הניסיון הדווקני של המערער לבקש דיון בשאלות אשר הפכו לתיאורטיות, לפני שנים רבות – ביום שבו הבקשה לאישור התובענה הייצוגית התייתרה [...] מדובר בערעור תיאורטי ובתור שכזה אינו מצדיק גזילת זמנו היקר של ביהמ"ש הנכבד מלבד פסיקת שכר הטרחה...." (הדגשה הוספה – י"ע). לדידי, קשה להלום שלצורך פסיקת גמול ושכר טרחה, בית המשפט יצלול לעובי הקורה בסוגיה שהתייתרה והפכה לאקדמית-תיאורטית.

2. ולגופם של דברים.

איני סבור שהתובענה שהוגשה נכנסת לגדר פריט 11 בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשנ"ו-1996, מאחר שאין מדובר ב"תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר".

אנמק בקצרה את מסקנתי.

3. אין חולק שהגבייה מהמעבידים נעשתה כדין, אלא שלגישת חברי, ההחזקה של הכספים ו(אי) השימוש בכספים שנגבו נעשה שלא כדין. ברם, אין מדובר בתביעת השבה של מי שגבו ממנו כסף שלא כדין, אלא בתביעה של עובדים לתשלום הפרשי גמלה המגיעה להם מכוח הדין - הפרש בין הגמלה המבוססת על משכורתם הרשומה בתלושי השכר לבין הגמלה המבוססת על תלושי השכר בתוספת הטבות שוות הכסף.

כאמור, הגבייה מהמעבידים נעשתה כדין כך שהכספים הוחזקו אפוא בידי המל"ל כדין. הטענה במקרה זה אינה כי יש להשיב את הכספים שנגבו מאחר שלא נעשה בהם שימוש, אלא שלעובדים קמה מכוח החוק זכות לתשלום גמלה בשיעור גבוה יותר מזה ששולם להם בפועל.

4. הביטוח הלאומי הוא אמנם גוף סוציאלי, אך בהיבטים מסוימים הוא פועל בדומה לחברת ביטוח, כאשר בצד אחד של המשוואה נגבית פרמיה ובצד השני משולמים תגמולי ביטוח. כנגד פרמיה מסוימת שהמוסד גובה מהמעביד בדמות דמי ביטוח לאומי, העובד זכאי ב"יום פקודה" לקבל תגמולי מל"ל בהתבסס על שכרו, בבחינת גמלה מחליפת שכר. לדוגמה, תגמולי המל"ל עבור עובד שנפגע בתאונת עבודה יחושבו על פי שכרו הרבע שנתי. ברי כי התגמולים המשולמים לעובד עולים בהרבה על דמי הביטוח הלאומי שנגבו מהמעביד.

התובענה הייצוגית במקרה דנן אינה להשבת הסכומים של דמי הביטוח ששולמו על ידי המעביד, אלא תביעה לאכיפת זכות של העובדים – תשלום מלוא גמלת הביטוח המגיעה להם. חברי הקבוצה הנטענת (העובדים) לא שילמו למוסד לביטוח לאומי את דמי הביטוח, והתובענה אינה להשבת דמי הביטוח לגורם ששילם את הכספים (המעבידים), אלא, כניסוח התובענה, לתשלום "עד גובה הפרשי הגמלה שלא שולמו [...] בהתאם לבסיס ההכנסה הנוסף שבגיננו שולמו דמי ביטוח בעדו". לפנינו אי-זהות כפולה: אין זהות בין מי ששילם (המעביד) לבין מי שתובע את הסכום ששולם (העובד), ואין זהות בין הסכום ששולם (דמי ביטוח) לבין הסכום שנתבע (הפרשי גמלה/תגמולים). לכן, גם בהנחה שדיני עשיית עושר מאפשרים השבה של כספים על ידי הזוכה למי שהכספים שולמו בעבורו במקרה של כישלון הפעולה (למצבים מסוג זה ראו, למשל, דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט 924-931, 1405-1408 (מהדורה שלישית, התשע"ח)), הרי שלא זהו הסעד הנתבע במקרה שלפנינו.

5. אחזור על הדברים שוב, בניסוח אחר: העובדים הם הקבוצה הנטענת. המוסד לביטוח לאומי לא גבה מס מהעובדים ולא עומדת להם תביעה להשבה כלפיו, אלא תביעה לתשלום הפרשי גמלה בשיעור המתחייב מגובה דמי הביטוח ששילמו המעבידים בגין משכורתם. תביעת ההשבה, אם בכלל, יכולה לעמוד למעבידים שמהם נגבו דמי הביטוח. ברם, התביעה הוגשה על ידי ההסתדרות בשם העובדים, כמייצגת את העובדים ולא את המעבידים, וההסתדרות אינה כופרת כלל בכך שהגבייה על ידי המל"ל נעשתה כדין. טענת ההסתדרות היא שעומדת לעובדים תביעה לתשלום הפרשי גמלה בשיעור המתחייב מגובה דמי הביטוח ששילמו המעבידים בגין משכורתם. המדובר, אם כך,

בתביעה לאכיפת זכויות העובדים מכוח חוק הביטוח הלאומי, דהיינו תביעה לקיום חיוב אחר מכוח הדין, שיסודו אינו חוזי, אינו נזיקי ואף אינו בדיני עשיית עושר ולא במשפט (לסוגי החיובים האובליגטוריים ראו דניאל פרידמן "תורת החיובים הכללית וההיבטים הרכושיים של החיוב" דיני חיובים – חלק כללי 3-4 (ד' פרידמן עורך, 1994)).

6. ומזווית נוספת. כידוע, ניתן לערוך ביטוח עבור מוטב, צד שלישי. כך קובע סעיף 12(א) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981:

מעמד המוטב

12. (א) נקבע מוטב שאינו המבוטח, תהיה הזכות לתגמולי הביטוח למוטב; אין בהוראה זו כדי לגרוע מזכותו של המבוטח לתבוע מן המבטח לשלם את תגמולי הביטוח למוטב.

ודוק: לא השבה, אלא תביעה כנגד המבטח, אם של המוטב אם של המבוטח. בדומה, קובע סעיף 34 לחוק החוזים, התשל"ג-1973:

הקניית זכות

34. חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן – המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו.

וסעיף 38 לחוק החוזים קובע כי:

שמירת זכותו של הנושה

זכותו של המוטב אינה גורעת מזכותו של הנושה לדרוש מן החייב את קיום החיוב לטובת המוטב.

שוב, לא תביעת השבה לפנינו, אלא תביעה לאכיפת זכות, שעומדת הן לנושה והן למוטב. כך לדוגמה, הפקדת כספים בקופת גמל לטובת מוטב-נהנה. כספים אלה מוחזקים בנאמנות עבור המוטב והם אף לא נחשבים כחלק מעזבונו של מפקיד הכספים (ראו סעיף 147 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; דודי שורץ "פטירת המוטב לפני המיטיב בקופת גמל וביטוח חיים: הצעה להסדר הרמוני" מחקרי משפט יא 193 (1994); דודי שורץ "שינוי המוטב בקופת גמל ובבטוח חיים – דיסהרמוניה בחקיקה ובפסיקה

ויישובה" עיוני משפט יז 345 (1992); דודי שורץ "כספי ביטוח-חיים, קופות-גמל ודומיהם כמשאבים מלבר עזבון" עיוני משפט יח 235 (1993). לכן, אם ראובן מפקיד כספים בקופת גמל שנפתחה עבור אחיינו הצעיר אך קופת הגמל לא משלמת לאחיין את הסכומים שהופקדו עבורו, אזי לאחיין ולראובן תעמוד תביעה כנגד קופת הגמל. אין מדובר בתביעת השבה של הסכומים שהופקדו אלא בתביעה לאכיפת זכותו של האחיין לקבלת הכספים המגיעים לו מקופת הגמל.

7. סוף דבר שהתביעה שהוגשה על ידי ההסתדרות, תביעה לתשלום הפרשי גמלה לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, אינה נכנסת בעליל בגדרו של פריט 11 לתוספת השניה לחוק. לאור מסקנה זו, איני נדרש לסוגיה של הסמכות העניינית לדון בתובענה מעין זו, ואציין כי תובענה של זכאי לגמלה מהביטוח הלאומי נתונה לסמכות הייחודית של בית הדין האזורי לעבודה (ראו סעיף 391(א)(1) לחוק הביטוח הלאומי וסעיף 24(א) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969).

8. אשר על כן, לו דעתי תישמע, היה מקום לקבל את הערעור ולסלק את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית על הסף. לאור התוצאה אליה הגעתי, אין מקום לפסיקת גמול ושכר טרחה להסתדרות ולכן איני נדרש לשיקולים ולאמות המידה שפירט חברי לצורך חישוב שכר הטרחה.

עם זאת, בהינתן שהמוסד לביטוח לאומי שילם בסופו של דבר כשבעים מיליון ש"ח לעובדים, וייתכן כי ניתן לזקוף לטובת ההסתדרות את "התנעת" התהליך, אפסוק לזכות ההסתדרות שכר טרחה בסך 75,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

דעתי היא כי אין מקום לפסוק בתיק זה גמול ושכר טרחה למשיבה ככתובענה ייצוגית. בכך חולק אני על חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, ומסכים עם חברי השופט י' עמית. אתייחס לשתי נקודות.

1. בענייננו, סדרי הדין עומדים במהות העניין. זוהי הנקודה הראשונה. ביסודו של ההליך בקשה מטעם המוסד לביטוח לאומי, לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה נגדו: הליך מקדמי ביחס להליך מקדמי. במסגרת דחיית הבקשה לסילוק על הסף לא נדרש בית המשפט המחוזי לגופם של דברים, אלא הסתפק בהחלטה הקצרה הבאה:

”בפניי בקשה לסילוק ומחיקה על הסף של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.

עיינתי בבקשה ובתגובה לה, ונתתי דעתי לטיעוני הצדדים, ולאחר זאת הגעתי למסקנה כי אין מקום להעתר לבקשה לסילוק ומחיקה על הסף, ובוודאי שלא בשלב זה. הדברים אינם כה ברורים או פשוטים כפי שנטען ע”י ב”כ המשיב, ואין זה המקרה בו יאות ביהמ”ש לסלק תובענה ייצוגית על הסף:

”אין לדון בבקשה לסילוק על הסף של תובענה ייצוגית בנפרד מהדיון בבקשה לאישור התובענה. אשר לבקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית, נקבע כי סעד זה יוענק במקרים חריגים וקיצוניים, שבהם ברור על פני הדברים שאין בבקשה ולא כלום.”

לאור האמור, הנני דוחה את הבקשה למחיקה או לסילוק על הסף של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית” (ת”צ (מינהליים ת”א) 31733-01-10, מיום 15.07.2010. האסמכתאות הושמטו וההדגשה הוספה).

ההנמקה היחידה היא אפוא כי ”הדברים אינם כה ברורים או פשוטים”, ללא כל קביעה פוזיטיבית. על החלטה זו הוגשה הבקשה למתן רשות ערעור, והרשות ניתנה במועד שבו עדיין הייתה יריעה משמעותית של מחלוקת אופרטיבית בין הצדדים. ברם, לאחר שניתנה רשות הערעור התייתר ההליך, מכיוון שהמוסד לביטוח לאומי החליט לשלם את הסכומים מושא ההליך ואף יותר מכך, וזאת מבלי להודות בטענות המשיבה ותוך עמידה על כך שעמדתו בהליך זה מוצדקת.

על רקע זה, לכאורה אין מקום לטעת מסמרות בטענות השונות שהועלו. כך משום שה”מקסימום” שלו יכלה המשיבה לקוות בהליך זה הוא דחיית הערעור ופסיקת הוצאות ההליך (דהיינו הוצאות שלהן זכאי משיב שערעור נגדו – ביחס לעילת סף – נדחה). זאת תוך אימוץ מסקנת בית המשפט המחוזי, לפיה דחיית ההליך על הסף ”אינה כה פשוטה וברורה”. אין עסקינן, למשל, בהליך ערעורי על החלטה לאשר תובענה כייצוגית, על הכרעה בתובענה ייצוגית לגופה או ביחס לגמול ושכר טרחה. די בנסיבות אלה, לטעמי, כדי שלא אדרש בהרחבה – מנקודת המבט של המשיבה – לגופם של דברים במסגרת



הכרעה זו. ומנקודת המבט של המוסד לביטוח לאומי – האחרון עמד אמנם על רצונו כי יוכרעו הטענות המשפטיות שהעלה, אולם מרגע שההליך התייתר הלכה למעשה, הכלל הנקוט בידינו הוא כי למעט מקרים חריגים ומוגדרים – וזהו אינו אחד מהם – בית המשפט לא ידון בעניינים תיאורטיים או אקדמיים שאין להם נפקות באותו הליך.

נותרה בקשת שני הצדדים – מזה ומזה – כי נפסוק שכר טרחה לטובתם. אם זוהי הבקשה, יש מקום כי בית משפט זה יפסוק בנושא ההוצאות במובן הרחב של ההליך כולו. לכך אגיע בהמשך. ברם, על אף האמור, אין להתעלם מהמחלוקת שנפלה בין חבריי בדבר התאמת ההליך כולו לתובענה ייצוגית. על מנת שלא להשאיר סוגיה חשובה זו ללא הכרעה, אביע את עמדתי בנדון. זאת משום שהצדדים התייחסו לנושא, והוא צר מבחינה משפטית, ללא צורך בשמיעת ראיות.

2. החלופה הרלוונטית, שמכוחה הוגשה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, היא תביעה מרשות להשבת "סכומים שגבתה שלא כדין" (פרט 11 בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. ההדגשה הוספה). במוקד מצויה הגבייה שלא כדין, ולא אי תשלום – שלא כדין – של סכום שנגבה כדין. גם אם אניח כי יתכנו מצבים שבהם גבייה שנחשבה בזמן אמת לכזו שנעשתה כדין, תתברר בדיעבד כמנוגדת לדין לעניין פרט 11 לתוספת השנייה – אצלנו בכל מקרה אני סבור כי נפל פגם בגבייה, מלכתחילה או בדיעבד. אדרבה, כאן הגבייה נעשתה לפי הדין, כפי שהובן אז וכפי שהוא מובן כיום. אין טענה ביחס להפרת חובות המוסד לביטוח לאומי בכל הנוגע לגבייה, או טענה כי המעבידים זכאים להשבת הסכומים שנגבו מהם. אף נראה שאם היה המוסד לביטוח לאומי גובה סכום נמוך יותר מזה שנגבה, היה מפר בכך, על פני הדברים, את הדין. המוסד מחויב על פי דין לגבות את הסכומים, אינו בעל שיקול דעת בכגון דא, ואינו רשאי לבחור כרצונו את אופן חישוב הסכומים הנגבים. אין לו היתר לגבות סכום מסוים אלא הוא מצווה על פי דין לגבות אותו. אין הוא רשאי, לפי שיקול דעתו המוחלט, לפטור מעביד מתשלום או מחלקו, ככל שפרשנות הדין המחייבת מובילה לתוצאה מסוימת. לא מדובר במצב שבו גורם, כגון חברת ביטוח, יכול לגבות סכום גבוה (ולשלם תגמולים גבוהים) או סכום נמוך (ולשלם תגמולים נמוכים). המוסד כבול אפוא לדין החל עליו, לכאן ולכאן. הכתרת הגבייה ככזו שנעשתה בניגוד לדין משמעותה, למעשה, כי על המוסד היה להימנע מן הגבייה (או להשיבה בדיעבד למעבידים), אך כאמור – דווקא במקרה כזה הייתה הפרה של הדין. עלינו לומר אפוא כי הגבייה נעשתה כדין, ומה שלא היה כדין – אם נקבל את התיזה של המשיבה – הוא תשלום התגמולים. אלא שתשלום תגמולים בסכום הנמוך מזה שקבוע בדין אינה עילה לאישור תובענה ייצוגית לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק. כך, גם אם הייתי מניח לצורך העניין – ואיני קובע כך – כי קיימת לעובדים עילת השבה

מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט נגד המוסד לביטוח לאומי. השאלה שבמרכז כרגע היא שאלה הגבייה, ולא שאלת העילה המשפטית שעשויה להצדיק תשלום.

הואיל והעניין הפך לתיאורטי, כאמור, אין לנו צורך להידרש לכל המצבים האפשריים, ואף לא לקבוע כללים גורפים ביחס למקרים מעין זה, ולטענות שיש לראות גבייה כדין ככזו שמנוגדת לדין, מכוח אי תשלום סכום לאחר הגבייה. נסתפק, אם כן, בכך שבנסיבות המקרה לא עולה כי עסקינן בגבייה שלא כדין.

3. סוף דבר, התוצאה היא שההליכים בין הצדדים בעניין התובענה הייצוגית הסתיימו, וכך או כך – אין מקום לפסוק גמול למשיבה ושכר טרחה לעורך דין כבתובענה ייצוגית. בד בבד, סבורני כי נוכח תרומת המשיבה לשיפור המצב במכלול, לרבות התשלומים ששילם המוסד לביטוח לאומי, ותוך ראייה רחבה של ההליך כולו שכן מוסכם כי ראוי ששיקול זה ייעשה בידי בית משפט זה ולא בית משפט קמא – הייתי מחייב את המוסד לביטוח לאומי לשאת בהוצאות ובשכר טרחת עורכי דינה של ההסתדרות בסך של 75,000 ש"ח.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בחוות דעתם של השופטים: נ' הנדל ו-י' עמית, כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ח בתמוז התשפ"א (08.07.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')