



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7115/14

רע"א 7447/14

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין
כבוד המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט (בדימ') צ' זילברטל
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

1. שרון סירוגה-ברנר

2. יפעת קינן

3. דוד רזניק

המערערים בע"א 7115/14 :

אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל

המבקשת ברע"א 7447/14 :

נ ג ד

1. סלקום ישראל בע"מ

2. פרטנר תקשורת בע"מ

3. פלאפון תקשורת בע"מ

4. מדינת ישראל - אגף המכס והמע"מ

המשיבים בע"א 7115/14 :

1. רות ריי יסעור

2. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים ברע"א 7447/14 :

ע"א 7115/14 : ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בת"צ 10601-08-10, בת"צ 10-07-19997 ובת"צ 10-07-15824 שניתן ביום 18.8.2014 על ידי כב' השופטת א' שטמר

רע"א 7447/14 : בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים בבש"א 3873/08 (ת"א 2356/08) שניתנה ביום 28.9.2014 על ידי כב' השופטת ת' בזק-רפפורט

(24.05.2016)

ט"ז באייר התשע"ו

תאריך הישיבה :

בשם המערערים בע"א
7115/14 :

עו"ד גיל רון ; עו"ד יעקב אביעד ; עו"ד פרופ' אהרון
נמדר ; עו"ד עופר לוי ; עו"ד פרופ' אהרון
רבינוביץ' ; עו"ד מיכל יודלמן הרצברג

בשם המשיבה 1 בע"א
7115/14 :

עו"ד ברק טל ; עו"ד רות לובן ; עו"ד רעות שדה

בשם המשיבה 2 בע"א
7115/14 :

עו"ד ירון רייטר ; עו"ד אריאלה אבלוב ; עו"ד יעל
אפל

בשם המשיבה 3 בע"א
7115/14 :

עו"ד רון ברקמן ; עו"ד גילעד פורת ; עו"ד שרון
מרקוביץ' ; עו"ד עופר אלבוים

בשם המשיב 4 בע"א 7115/14 : עו"ד עמנואל לינדר

בשם המבקשת ברע"א
7447/14 :

עו"ד אשר אקסלרד ; עו"ד יעל זלינגר

בשם המשיבה 1 ברע"א
7447/14 :

עו"ד רמי בביאן

בשם המשיב 2 ברע"א
7447/14 :

עו"ד דינה דומיניץ

פסק-דין

השופטת א' חיות:

האם ההסדרים המיוחדים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק) המקנים לרשויות ציבוריות הגנות שונות כגון אלה הקבועות בסעיפים 3, 8(ב)(1), 9, 20(ד)(1) ו-21 לחוק, הם הסדרים דיוניים אשר כוחם יפה אך ורק בהליכים ייצוגיים המופנים ישירות כלפי הרשויות, או שמא מדובר בהגנות מהותיות אשר עומדות לרשות בכל סוגי ההליכים המשפטיים? האם ניתן לחייב רשות ציבורית בתשלום פיצויים או בהשבה שהיא מחוסנת מפניהם בהליכים ייצוגיים המופנים ישירות כלפיה, מקום שבו ננקטו הליכים ייצוגיים באותו עניין נגד גוף פרטי וזה מצדו הגיש נגדה תביעת השתתפות או שיפוי על דרך של הודעת צד שלישי באותו הליך או על דרך של תביעה עצמאית שאינה ייצוגית? שאלות אלו אשר נותרו בצריך עיון בפסק הדין שניתן ברע"א 5635/13 קורל-תל בע"מ נ' רז (1.4.2015) (להלן: עניין קורל תל) וכן שאלות נוספות הכרוכות בהן, טעונות הכרעה בשני ההליכים שבפנינו אשר אוחדו והועברו לדיון בפני הרכב מורחב של בית משפט זה.

רקע הדברים

1. ביום 2.11.2008 הגישה הגב' רות ריי יסעור (המשיבה 1 ברע"א 7447/14 - להלן: יסעור) בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל (המבקשת ברע"א 7447/14 - להלן: אגד). יסעור טענה כי בקו 972 שמפעילה אגד בין ירושלים וחיפה (להלן: קו המהדרין) אשר בו קיימת הפרדה בין נשים וגברים, מחירו של כרטיס נסיעה זול משמעותית ממחיר כרטיס נסיעה בקווים האחרים המחברים בין ירושלים וחיפה (קווים 940 ו-947 - להלן: הקווים הרגילים). בכך, לטענתה, יש משום אפליה פסולה של נוסעי הקווים הרגילים. לאחר שהוגשה הבקשה עיכב בית המשפט המחוזי את ההליכים בבקשת האישור עד להכרעה בבג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (להלן: בג"ץ רגן) בו נדונה שאלת חוקיות ההפרדה בין נשים וגברים בקווי ה"מהדרין". פסק דין בבג"ץ רגן ניתן ביום 5.1.2011 ונקבע בו, בין היתר, כי הפרדה כפויה בין נשים וגברים בקווי "מהדרין" היא בלתי חוקית. לפיכך, חודשו ההליכים בבקשת האישור וביום 3.8.2011 הגישה אגד בקשה לצירופו של משרד התחבורה כמשיב לבקשה ולחלופין ביקשה ליתן לה הארכת מועד למשלוח הודעת צד שלישי נגדו.

2. בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ת' בזק רפפורט) הורה ליועץ המשפטי לממשלה (משיב 2 ברע"א 7447/14) להגיב לבקשת הצירוף, וביום 24.4.2012 דחה בית המשפט את הבקשה בקבעו כי אין עילה להורות על צירופו של משרד התחבורה להליך. בהחלטתו קבע בית המשפט המחוזי כי ברור שאם יש למשרד התחבורה אחריות לנזקים הנטענים בבקשת האישור, אחריות זו נובעת מהיותו הגורם המאסדר של תחום התחבורה הציבורית בארץ. ואולם, כך קבע בית המשפט המחוזי, סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות אינו מאפשר לנהל נגד רשות ציבורית תובענה ייצוגית שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, ומכאן שלא ניתן לצרף את משרד התחבורה כמשיב לבקשת האישור. עוד קבע בית המשפט המחוזי, כי גם אם הייתה יסעור רשאית לנהל תובענה ייצוגית נגד משרד התחבורה בעניין שבו עוסקת בקשת האישור, הסמכות לדון בתובענה זו הייתה נתונה לבית המשפט לעניינים מנהליים ולא לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט אזרחי. מכאן, כך נקבע, שגם אם הייתה לקבוצה המיוצגת עילת תביעה נגד משרד התחבורה לא היה מקום לצרפו כמשיב או כצד שלישי לבקשה. עם זאת, קבע בית המשפט המחוזי כי מאחר שבקשת האישור מעוררת שאלה ציבוריות, יש מקום להורות על התייצבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהליך.

3. מספר חודשים לאחר שנדחתה בקשת הציורף קיבל בית המשפט המחוזי, ביום 27.9.2012, את בקשת האישור נגד אגד והתיר ליסעור לנהל נגדה תובענה ייצוגית. בהחלטתו קבע בית המשפט המחוזי כי בפני מי שביקשו לנסוע באוטובוס מחיפה לירושלים או מירושלים לחיפה בתקופה הרלבנטית עמדו שתי אפשרויות: הראשונה – לנסוע בקו "מהדרין" מוזל הכולל תחנות פיזור בתוך העיר אשר מתכונת פעילותו היא בלתי חוקית; והשנייה – להשתמש בקווי אגד הרגילים במחיר מלא וללא תחנות פיזור בתוך העיר. לפיכך קבע בית המשפט המחוזי כי נוסע שהשקפת עולמו אינה תואמת את מתכונת הנסיעה הכפויה והבלתי חוקית שהונהגה בקו המהדרין, נאלץ לצרוך את אותן השירות בתנאים נחותים – הן מבחינת טיב השירות והן מבחינת המחיר – ובכך הופלה לרעה על ידי אגד בשל השקפת עולמו. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי "שירות ציבורי" כהגדרתו בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה) אוסר על נותן שירות ציבורי להפלות בין לקוחותיו מחמת השקפה דתית ובמקרה דנן הוכח לכאורה כי אגד הפרה איסור זה. על כן, כך קבע בית המשפט המחוזי, ישנה אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה המיוצגת. בית המשפט המחוזי אף דחה את טענתה של אגד כי יש לדחות את בקשת האישור מן הטעם שעומדת לה ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין או הפקודה), לפיו לא תוטל אחריות נזיקית על מי שפעל בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה בקיומה של הרשאה חוקית. בית המשפט קבע כי טענה זו לא נזכרה בתשובתה של אגד לבקשת האישור ולפיכך אין מקום להתעמק בה בשלב זה של ההליך, ואין בה כדי להדוף את בקשת האישור ולמנוע מיסעור את ניהול התובענה הייצוגית. מטעמים אלו התיר, כאמור, בית המשפט המחוזי ליסעור לנהל תובענה ייצוגית נגד אגד בשם כל נוסעי הקווים הרגילים בין חיפה וירושלים מאז שהחל לפעול קו המהדרין (תחילת 2006) ועד למתן פסק הדין בעניין רגן וזאת בעילות של הפרת הוראות חוק איסור הפליה; הפרת חובה חקוקה; עוולה חוקתית; פגיעה בתקנת הציבור; תנאי מקפח בחוזה אחיד; התעשרות שלא כדין; וניצול מצוקת צרכן.

לאחר אישור התובענה הייצוגית הגישה אגד בקשה נוספת להורות על צירופו של משרד התחבורה להליך כנתבע או כצד שלישי. בקשה זו נדחתה אף היא על ידי בית המשפט המחוזי אשר קבע כי "לא חל שינוי מאז הבקשה הקודמת באותו עניין ועד עתה, אשר יש בו כדי להצדיק פנייה חוזרת בעניין". על החלטה זו וכן על ההחלטה לאשר את התובענה הייצוגית מבלי להכריע בשאלה האם עומדת לאגד הגנה לפי סעיף 6 לפקודת הנזיקין, הגישה אגד שתי בקשות רשות ערעור (רע"א 1263/13 ורע"א 8155/12,

בהתאמה). הדיון בשתי הבקשות אוחד, וביום 29.12.2013 קיבל הנשיא א' גרוניס את הבקשה ברע"א 8155/12 והורה להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לצורך מתן החלטה משלימה בשאלה האם עומדת לאגד ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין, בהדגישו כי אין לראות בפסק דינו היתר לפתוח מחדש את הדיון בטענות האחרות נגד אישור התובענה הייצוגית. עוד קבע הנשיא גרוניס כי יש למחוק את רע"א 1263/13, שכן אין טעם לדון בשאלה האם לאפשר משלוח הודעת צד שלישי למשרד התחבורה כל עוד לא הוכרעו טענותיה של אגד בנוגע לתחולת ההגנה הקבועה בסעיף 6. לעניין הגנה זו נקבע כי אם תידחה טענתה של אגד בהקשר זה, יהיה באפשרותה להגיש בקשת רשות ערעור חדשה במסגרתה תוכל להשיג גם על ההחלטה שלא להתיר לה לשלוח הודעת צד שלישי למשרד התחבורה.

4. ביום 28.9.2014 דחה בית המשפט המחוזי את טענתה של אגד לפיה עומדת לה ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין וקבע כי תכליתו של סעיף זה היא למנוע מצב שבו אדם או גוף יחויבו בנזיקין בגין פעולה אותה היו מחויבים לעשות או שהאמינו בתום לב כי הם מחויבים לעשותה על פי דין. ואולם, כך קבע בית המשפט המחוזי, סעיף זה לא נועד להעניק הגנה למי שלא פעל על פי הכתבה שלטונית אלא על פי בחירתו שלו וזאת גם אם פעולותיו נעשו בידיעת רשויות המדינה. בהקשר זה ציין בית המשפט כי אין מקום לפירוש מרחיב של ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפיו כל מעשה או מחדל שרשויות המדינה היו מודעות לו אך לא מנעו את ביצועו, חוסה תחת הגנה זו.

בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי אין חולק שהרישיון שניתן לאגד להפעלת קו המהדרין לא הסמיך אותה להפעיל אותו במתכונת הבלתי חוקית שבה פעל והוא כלל לא התייחס להסדרי הישיבה בקו. מכאן שאין מקום לטענה כי הרישיון להפעלת הקו המדובר היווה הרשאה להפעלתו באופן מפלה. זאת, בהתבסס על עדותו של נציג משרד התחבורה בהליך, ממנה עולה כי הרישיון שניתן לאגד להפעיל את קו המהדרין בין ירושלים וחיפה לא כלל הרשאה להפרדה בין נשים וגברים אלא רק הסכמה לגביית מחיר נסיעה מוזל. כמו כן דחה בית המשפט המחוזי את טענתה של אגד לפיה המלצותיה של ועדת לנגטל אשר מונתה על ידי משרד התחבורה בשנת 1997 על מנת לגבש דרכים להגברת השימוש בתחבורה ציבורית במגזר החרדי, מהוות הרשאה חוקית להפעלת קו המהדרין במתכונת פסולה. בית המשפט המחוזי עמד על כך שבמסגרת המלצותיה של ועדה זו (להלן: דו"ח לנגטל) דובר על הפעלה ניסיונית של שני קווים של חברת "דן" בהם תתאפשר הפרדה וולונטארית בין גברים ונשים ללא כל התערבות של מפעילי הקווים, ובהחלטת משרד התחבורה לאמץ את מסקנות הוועדה אף הודגש כי יופעלו קווים ניסיוניים שהפרדה בהם תיעשה מרצון ולא בכפייה. בית המשפט

המחוזי קבע כי המלצות אלו אינן מהוות הרשאה חוקית להפעלת קווי אוטובוס בהם תתבצע הפרדה כפויה בין גברים ונשים ולא הוצגה בפניו כל ראיה אחרת אשר ממנה ניתן ללמוד על קיומה של הרשאה כאמור. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי אף בתגובה שהגיש משרד התחבורה לעתירה בבג"ץ רגן לא ניתן לראות משום הרשאה חוקית להפרדה כפויה בין נשים וגברים בקווי מהדרין, שכן כל שנטען בתגובה זו הוא כי הפרדה וולונטארית בין גברים ונשים בתחבורה ציבורית אינה פסולה. ואולם, כך קבע בית המשפט המחוזי, אפילו היה נטען על ידי המדינה בבג"ץ רגן כי הפרדה בין גברים ונשים בקווי מהדרין אינה בלתי חוקית, לא היה בכך להועיל לאגד שכן לא ניתן לראות בטענה כזו משום הרשאה חוקית לביצוע ההפרדה. עוד נקבע כי גם ההתנהלות שהובילה למיסודו של קו המהדרין אינה מלמדת על קיומה של הרשאה חוקית להפעלתו במתכונת מפלה אשר אינה מאפשרת לנוסעי הקווים הרגילים ליהנות מתעריף הנסיעה המוזל בו, וזאת הגם שמשרד התחבורה הוא שקבע בסופו של דבר את מחיר הנסיעה בקו המהדרין. מטעמים אלו כולם דחה בית המשפט המחוזי את טענתה של אגד לפיה עומדת לה ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין.

טענות אגד

5. ביום 4.11.2014 הגישה אגד את בקשת רשות הערעור בתיק בר"ע 7447/14 (להלן: בקשת אגד) בה היא מבקשת לערער הן על החלטתו של בית המשפט המחוזי הדוחה את הטענה כי פעלה בתחום הרשאה חוקית באופן המקנה לה את ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין, והן על החלטתו הקודמת שלא להתיר את צירופו של משרד התחבורה להליך התובענה הייצוגית כנתבע או כצד שלישי.

אשר להחלטה להתיר ליסעור לנהל נגדה תובענה ייצוגית טוענת אגד כי משהוכח שגביית התעריף המוזל בקו המהדרין נעשתה בהתאם להוראות משרד התחבורה היה על בית המשפט המחוזי לדחות את בקשת האישור. זאת, כך נטען, משום שיסעור אינה מלינה על עצם ההפרדה בין גברים ונשים בקו המהדרין, אלא רק על כך שמחיר הנסיעה בקו זה היה זול ממחיר הנסיעה בקווי אגד הרגילים. ואולם, טוענת אגד, אין חולק שמשרד התחבורה אישר את מחיר הנסיעה המוזל בקו המהדרין ועוד אין חולק כי אם הייתה גובה תעריף גבוה מזה שאושר היא הייתה עומדת לדין פלילי. לפיכך טוענת אגד כי לא יכול להיות חולק שההתנהלות שלטענת יסעור היא מעוולת נעשתה בתחום הרשאה חוקית וחוסה תחת כנפיה של ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין. אגד מוסיפה וטוענת כי גם אם הייתה יסעור מעלה טענה כי עצם ההפרדה בין נשים וגברים בקו המהדרין מהווה עוולה נזיקית לא היה בכך להועיל לה שכן לא הוכח

שקו המהדרין הופעל באופן מפלה או פסול. בנוסף על כך מלינה אגד על כך שבית המשפט המחוזי לא אפשר לה לבסס את הטענה לפיה לא התקיימה הפרדה כפויה בין נשים וגברים בקו המהדרין ומנע ממנה לחקור את יסעור בעניין זה בנימוק שהדבר חורג ממסגרת הדיון שנקבעה בפסק דינו של הנשיא גרוניס בבקשת רשות הערעור הראשונה.

כמו כן טוענת אגד כי שגה בית המשפט המחוזי משקבע כי לא הוכח שניתנה לה הרשאה חוקית להפעלת קו המהדרין במתכונת שבה נטען כי פעל, ולשיטתה לא ניתן להבין את השתלשלות העניינים שהובילה למיסודו של קו המהדרין אלא כהרשאה חוקית להפעלתו במתכונת הכוללת הפרדה בין גברים ונשים, ולמצער כמצג לקיומה של הרשאה כאמור. לטענת אגד, משרד התחבורה אישר את תעריף הנסיעה המוזל ואת מסלול הנסיעה המיוחד בקו המהדרין מאחר שהיה מודע לכך שאופיו של קו זה שונה מאופיים של קווי אגד הרגילים. לפיכך טוענת אגד כי מהאישור שנתן משרד התחבורה לתעריף הנסיעה המוזל בקו המהדרין ולמסלול נסיעתו המיוחד משתמע גם אישור להסדרי הנסיעה המיוחדים שהונהגו בו. למצער, כך נטען, התנהלותו של משרד התחבורה, דו"ח לנגנטל וטענות המדינה בבג"ץ דגן יצרו מצג של הרשאה חוקית להפעלתו של קו המהדרין במתכונת בה הופעל ואגד הסתמכה בתום לב על מצג זה.

6. אגד מוסיפה ומבקשת רשות לערער על ההחלטה שלא להתיר את צירופו של משרד התחבורה להליך התובענה הייצוגית כנתבע או כצד שלישי. לטענת אגד, גם אם סבר בית המשפט המחוזי כי אין מקום להתיר את צירופו של משרד התחבורה טרם שאושרה התובענה הייצוגית, הרי שלאחר האישור, ובפרט לאחר שנטען על ידה כי פעלה בתחום הרשאה חוקית, לא יכול להיות חולק כי משרד התחבורה הוא צד דרוש בהליך. עוד טוענת אגד כי גם אם בסופו של יום לא יפסק סעד כלשהו נגד משרד התחבורה עדיין יש מקום לצרפו לתובענה הייצוגית שכן נוכחותו דרושה על מנת שבית המשפט המחוזי יוכל להכריע בשאלות המתעוררות בגדר ההליך בשלמות וביעילות. אגד מוסיפה וטוענת כי הוראת סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות לפיו לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית בגין התרשלות בהפעלת סמכויות פיקוח אינה מונעת את צירופו של משרד התחבורה וזאת משום שבמקרה דנן משרד התחבורה כפה עליה לגבות מחיר נסיעה מוזל בקו המהדרין וגרם באמצעותה לאפליה הנטענת בבקשת האישור. לפיכך, טוענת אגד כי אחריותו של משרד התחבורה לנזק הנטען במקרה דנן אינה אחריות עקיפה הנובעת מהיותו המאסדר של תחום התחבורה הציבורית בארץ אלא אחריות ישירה הנובעת מכך שביצע עוולה נזיקית באמצעותה. עוד נטען כי אפילו ייקבע שסעיף

3(א) לחוק תובענות ייצוגיות אינו מאפשר ליסעור לתבוע את משרד התחבורה במקרה דנן, אין בסעיף זה כדי למנוע מאגד להגיש נגד משרד התחבורה הודעת צד שלישי.

טענותיה של יסעור

7. יסעור סומכת ידיה על החלטת בית המשפט המחוזי וטוענת כי גם אם יתקבלו כל טענותיה של אגד בעניין תחולת ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין, אין מקום להתערב בהחלטתו של בית המשפט המחוזי, שכן הגנה זו כוחה רב לה מפני תביעות בנזיקין ואילו במקרה דנן אישר בית המשפט המחוזי לנהל נגד אגד תביעה ייצוגית גם בעילות שאינן נזיקיות. עוד טוענת יסעור כי אין ממש בטענתה של אגד לפיה עומדת לה ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודה, שכן היא זו שיזמה ואכפה את הסדרי הנסיעה המפלים שבעטיים הוגשה התובענה הייצוגית ואף מימנה הסדרים אלו מכיסה על מנת שתוכל לנהוג בלקוחותיה באופן מפלה. כמו כן, טוענת יסעור כי לא רק שלא הוכח כי ניתנה לאגד הסמכה או הרשאה להפעיל את קו המהדרין במתכונת המפלה שבה פעל, אלא שהוצגו ראיות לכך כי נאסר עליה לעשות כן. מטעמים אלו סבורה יסעור כי ההחלטה להפעיל את קו המהדרין במתכונת הבלתי חוקית הייתה של אגד בלבד וכי יש לדחות את טענתה כאילו פעלה בתחום הרשאה חוקית או כי האמינה בתום לב כי ניתנה לה הרשאה חוקית לעשות כן.

אשר להחלטה שלא לצרף את משרד התחבורה להליך טוענת יסעור כי אף החלטה זו בדין יסודה. לטענתה, מעולם לא נטען על ידיה כי משרד התחבורה הפלה אותה או את נוסעי הקווים הרגילים בדרך כלשהי וזאת מן הטעם שאחריותו של משרד התחבורה להפליה בקו המהדרין אינה אחריות ישירה אלא נובעת מהיותו המאסדר של תחום התחבורה הציבורית בארץ. לפיכך, סבורה יסעור כי לא ניתן לנהל נגד משרד התחבורה תובענה ייצוגית מכוח פרט 7 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, כי סעיף 3(א) סיפא לחוק מונע את צירופו של משרד התחבורה כנתבע, וכי הוא אינו מאפשר גם משלוח הודעת צד שלישי על ידי אגד למשרד התחבורה. לבסוף טוענת יסעור כי צירופו של משרד התחבורה להליך אף אינה דרושה לבירור השאלות העולות בו.

טענות היועץ המשפטי לממשלה

8. היועץ המשפטי לממשלה טוען אף הוא כי דין בקשת אגד להידחות. לטענתו, ההרשאה שנתן משרד התחבורה לאגד הייתה לגביית מחיר נסיעה מוזל בקו המהדרין –

זאת ותו לא והוא מעולם לא התיר לה לאכוף בקו זה הסדרי נסיעה מפלים. לפיכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי צדק בית המשפט המחוזי בדחותו את הטענות שהעלתה אגד לעניין תחולת ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין. כמו כן טוען היועץ המשפטי לממשלה כי יש לדחות את טענתה של אגד לפיה משרד התחבורה היה מודע לכך שהיא אוכפת הפרדה בין גברים ונשים בקו המהדרין. לטענתו, אף שמשרד התחבורה היה מודע לכך שבקווים מסוימים המשרתים את האוכלוסייה החרדית ישנה התארגנות של ציבור הנוסעים להפריד בין גברים ונשים, הוא לא ידע כי מפעילי הקווים לוקחים חלק בפרקטיקה המדוברת והוא מעולם לא אישר להם לנהוג כך. בנוסף טוען היועץ המשפטי לממשלה כי לא ניתן לראות בדו"ח לנגנטל ובתגובה שהוגשה בבג"ץ רגן משום הרשאה חוקית להפרדה כפויה בין גברים ונשים, וזאת מהטעמים שציין בית המשפט המחוזי.

בהתייחס לסוגיית צירופו של משרד התחבורה להליך כנתבע או כצד שלישי טוען היועץ המשפטי לממשלה כי בדין נדחו בקשותיה של אגד בעניין זה והוא סומך את ידיו על החלטותיו של בית המשפט המחוזי בסוגיה. היועץ המשפטי טוען כי סעיף 3(א) מונע את צירופו של משרד התחבורה להליכים דנן, בין כנתבע ובין כצד שלישי, מן הטעמים שפירט בית המשפט המחוזי בהחלטתו וכי יש לדחות את הטענה שהעלתה אגד בהקשר זה ולפיה משרד התחבורה הוא זה שאחראי לכך שהקבוצה המיוצגת הופלתה לרעה. היועץ המשפטי לממשלה מציין כי יסעור לא תבעה סעד כלשהו ממשרד התחבורה ואין מקום לאלצה לעשות כן באמצעות הודעת צד שלישי. כמו כן טוען היועץ המשפטי לממשלה כי אין להתיר לאגד להגיש נגד משרד התחבורה הודעת צד שלישי גם מן הטעם שיהיה בכך כדי לעקוף את ההגנות שהוקנו לו בחוק תובענות ייצוגיות, ולשיטתו אם תוגש נגד משרד התחבורה הודעה כאמור הוא יהפוך לנתבע בפועל בתובענה הייצוגית הגם שחוק תובענות ייצוגיות אינו מאפשר זאת. עוד נטען כי אם ניתן יהיה להגיש הודעות צד שלישי בתובענה ייצוגית שכבר אושרה, לא יתאפשר לצד השלישי שצורף להליך באותו שלב להתנגד לאישור התובענה ויש בכך משום פגיעה בזכויותיו הדיוניות. היועץ המשפטי לממשלה מוסיף וטוען כי מנגנוני הפיצוי הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות נועדו לחול במישור היחסים שבין התובע הייצוגי והנתבע הייצוגי והם אינם ישימים במישור היחסים שבין הנתבע כשולח הודעת צד שלישי ובין הרשות הציבורית שנגדה הוגשה ההודעה. לבסוף טוען היועץ המשפטי לממשלה כי אפילו אם משרד התחבורה יצורף כצד שלישי להליך עדיין יעמדו לו ההגנות הקבועות בסעיפים 8(ב)(1), 9, 20(ד)(1) ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות.

הליך נוסף שהדיון בו אוחד עם בקשת אגד בשל כך שעולות בו שאלות דומות לאלו המתעוררות בבקשת אגד הוא ההליך בע"א 7115/14 (להלן: הערעור בעניין חברות הסלולר) אשר פרטיו יובאו בתמצית להלן.

הערעור בעניין חברות סלולר

רקע הדברים

9. בשנת 2000 הוציאה רשות המיסים (המשיבה 4 בערעור בעניין חברות הסלולר), הנחיות בנוגע לחיוב במע"מ בגין מתן שירותי תקשורת בחו"ל. לפי אותן הנחיות, על אספקת שיחות יוצאות מהארץ לחו"ל לא יחול הפטור שבסעיף 30(א)(7) לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: חוק המע"מ), הקובע כי על עסקה למתן שירות בחו"ל בידי עוסק ישראלי יוטל מע"מ בשיעור אפס. הנחיות אלה צורפו כמוצג מע/13 בערעור בעניין חברות הסלולר (להלן: ההנחיות משנת 2000). בהנחיות נקבע כי השיחות היוצאות חייבות במע"מ בשיעור מלא למעט כאשר החיוב הוא בגין מיתוג השיחה ממרכזיה הממוקמת בחו"ל למרכזיה אחרת הממוקמת בחו"ל (להלן: מיתוג שיחה בחו"ל).

10. באותה השנה שבה פורסמו ההנחיות הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד מספר חברות טלפוניה (בזק, בזק בינלאומי, נטוויז'ן ו-021 – להלן: חברות הטלפון) בטענה כי הן מחייבות שלא כדין במע"מ בגין שיחות נכנסות לארץ מחו"ל. בתגובה לבקשת האישור טענו חברות הטלפון כי הן העבירו את כל המע"מ שגבו לרשות המיסים ובעקבות כך צורפה הרשות להליך. ביני לביני נכנס לתוקפו חוק תובענות ייצוגיות והצדדים הגיעו להסדר דיוני לפיו בקשת האישור תתוקן בהתאם להוראות החוק ותוגש לבית המשפט לעניינים מנהליים. עוד הוסכם כי בקשת האישור תופנה נגד רשות המיסים בלבד וכי חברות הטלפון יימחקו ממנה.

11. ביום 21.6.2010 קיבל בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב-יפו (כב' השופט מ' אלטוביה) את הבקשה והתיר למבקשים באותו הליך לנהל תובענה ייצוגית נגד רשות המיסים (ת"מ (ת"א) 124/08 גווילי נ' אגף המכס והמע"מ (21.6.2010) – להלן עניין גווילי), בקבעו כי על מנת להכריע בשאלה האם שירות מסוים הוא שירות שניתן על ידי עוסק ישראלי בחו"ל כאמור בסעיף 30(א)(7) לחוק המע"מ, יש לבחון היכן הוא נצרך. בית המשפט הוסיף וקבע בהקשר זה כי שירות הנצרך בארץ הוא שירות הניתן בארץ ואילו שירות הנצרך בחו"ל הוא שירות הניתן בחו"ל, כאמור בסעיף

30(א)(7). בקשת רשות ערעור שהגישה רשות המיסים על החלטה זו נמחקה בהסכמה (בר"מ 8391/10) וביום 29.9.2016 קיבל בית המשפט המחוזי את התובענה ייצוגית בעניין גווילי והורה לרשות המיסים להשיב לחברי הקבוצה המיוצגת באותו הליך את המע"מ שנגבה מהם ביתר בשנתיים שקדמו לבקשת האישור.

12. בעקבות החלטת האישור בעניין גווילי הוגשו במהלך החודשים יולי ואוגוסט 2010 לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד שלוש בקשות לאישור תובענה ייצוגית נגד המשיבות 1-3 בערעור (להלן: סלקום, פרטנר ו- פלאפון בהתאמה, וביחד: חברות הסלולר) בטענה כי הן גובות מע"מ שלא כדין בגין שירותי תקשורת שונים שהן מספקות בחו"ל (שירותי call back, קבלת שיחות בחו"ל, משלוח מסרונים מחו"ל, ושירותי אינטרנט בחו"ל). הדיון בשלוש הבקשות אוחד ולאחר האיחוד הגישה פלאפון בקשה לצירופה של רשות המיסים כמשיבה בהליך. מגישי בקשות האישור, שהינם המערערים שבפנינו בערעור בעניין חברות הסלולר (להלן: המערערים), לא התנגדו לבקשה אך הבהירו כי תביעתם אינה מכוונת כלפי המדינה אלא כלפי חברות הסלולר בלבד. בעקבות זאת הורה בית המשפט המחוזי ביום 5.12.2010 על צירופה של רשות המיסים כמשיבה לבקשות האישור. כשנה לאחר מכן, ביום 23.10.2011, פרסמה רשות המיסים הנחיות חדשות לחברות הסלולר לפיהן יש להטיל מע"מ בשיעור אפס על חלק מהשירותים שאליהם התייחסו בקשות האישור (שירותי call back וקבלת שיחות בחו"ל) אך זאת רק אם הם אינם ניתנים כחלק מחבילת שירותים שעליה משלם הלקוח מראש (להלן: חבילת תקשורת), וביום 25.10.2011 ביקשה רשות המיסים לראות בפרסום ההנחיות החדשות משום הודעת חדילה לפי סעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: הודעת החדילה).

13. ביום 18.8.2014 דחה בית המשפט המחוזי (כב' השופטת א' שטמדר) את בקשות האישור נגד פרטנר ופלאפון וקיבל באופן חלקי את בקשת האישור נגד סלקום. בהחלטתו קבע בית המשפט המחוזי שחברות הסלולר פעלו במקרה דנן על פי הנחיות רשות המיסים ודחה את טענת המערערים לפיה העובדה שלא חייבו באופן אחיד במע"מ משמעותה שלפחות חלקן פעלו בניגוד להנחיות הרשות. בית המשפט המחוזי עמד על כך שבנוסף להנחיות הכלליות שפרסמה הרשות פנו חברות הסלולר בבקשות פרטניות למתן הנחיות בנוגע לגביית מע"מ בגין שירותי תקשורת בחו"ל וכי למרות השוני בהתנהלותן לא הוכח כי פעלו בניגוד להנחיות שניתנו להן. מטעמים אלו קבע בית המשפט המחוזי כי אין מקום לפקפק בטענתן של חברות הסלולר לפיה סברו בתום לב כי עליהן לגבות מע"מ בגין מרבית השירותים המפורטים בבקשת האישור. בנסיבות אלו, כך קבע בית המשפט המחוזי, יוכלו חברות הסלולר להגיש נגד רשות המיסים

תביעת שיפוי במקרה שבו יחויבו להשיב את המע"מ שגבו. משמעות הדבר, כך נקבע, היא שאם תתקבל התובענה הייצוגית נגד חברות הסלולר עלול להיווצר מצב שבו רשות המיסים תחויב בעקיפין להשיב לקבוצה המיוצגת את כל סכום המע"מ שנטען כי נגבה שלא כדין בשבע השנים שקדמו להגשתה של בקשת האישור. ואולם, כך קבע בית המשפט המחוזי, תוצאה זו לא הייתה אפשרית אילו היו המערערים מגישים את בקשת האישור נגד רשות המיסים, שכן במקרה כזה היו עומדות לרשות ההגנות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות. על כן, כך הוסיף בית המשפט המחוזי וקבע, תוצאה זו אינה ראויה שכן יש לאפשר לרשות המיסים ליהנות מההגנות העומדות לה בחוק תובענות ייצוגיות ואין ליתן יד לניסיונם של המערערים לעקוף הגנות אלו באמצעות הפניית התביעה כלפי חברות הסלולר. אשר על כן קבע בית המשפט המחוזי כי אין לאפשר למערערים לנהל נגד חברות הסלולר תובענה ייצוגית להשבת מע"מ שנגבה בגין השירותים שפורטו בהודעת החדילה של הרשות, בנימוק שתביעה ייצוגית בקשר לשירותים אלו אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, כאמור בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

14. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי אין לאפשר למערערים לנהל נגד חברות הסלולר תובענה ייצוגית מכוח דיני הנזיקין, דיני החוזים או דיני עשיית עושר ולא במשפט. בית המשפט המחוזי קבע כי תביעה להשבת מע"מ שנגבה שלא כדין יש להפנות לרשות המיסים ורק כאשר העוסק שגבה את המע"מ גרם לנזק או לחיסרון כיס העולים על סכום המע"מ שנגבה, יש טעם לתבוע ממנו פיצויים או השבה. במקרה דנן, כך קבע בית המשפט המחוזי, לא הוכח כי חברות הסלולר התעשרו כתוצאה מגביית המע"מ המפורטת בבקשת האישור או שגרמו לחברי הקבוצה המיוצגת נזק העולה על המע"מ שנטען כי נגבה מהם ביתר וכן לא הוכח כי מדובר במע"מ שנגבה "שלא כדין" בהינתן העובדה שחברות הסלולר פעלו על פי הנחיות רשות המיסים. עוד נקבע כי חברות הסלולר העבירו את המע"מ שגבו לרשות המיסים ועל כן ישנה אפשרות סבירה שעומדת להן ההגנה הקבועה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט) המורה כי בית המשפט רשאי לפטור מהשבה אם מצא כי היא בלתי צודקת בנסיבות העניין.

בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי אין להתיר למערערים לנהל תובענה ייצוגית נגד פרטנר ופלאפון גם מן הטעם שלא הוכיחו כי עומדת להם עילת תביעה אישית. בית המשפט המחוזי עמד על כך שבבקשת האישור נגד פלאפון (ת"צ 10601-08-10) נטען כי היא חייבה במע"מ את המערער 3 בערעור בעניין חברות הסלולר (להלן: דו"ק) וזאת בגין שירותים שסופקו לו במסגרת חבילת תקשורת שאותה רכש

בארץ. בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות אלו לא הייתה מניעה לחייב את רזניק במע"מ מכיוון שחבילת התקשורת אותה רכש היא נכס, ומכאן שהעסקה לרכישתה היא עסקה לרכישת נכס ולא עסקה למתן שירות בחו"ל כאמור בסעיף 30(א)(7) לחוק המע"מ. באשר לפרטנר ציין בית המשפט המחוזי כי בבקשת האישור נגדה (ת"צ 10-07-19997) נטען כי היא חייבה במע"מ את המערערת 2 בערעור בעניין חברות הסלולר (להלן: קינן) וזאת בגין משלוח מסרונים, שירותי call back וקבלת שיחות בחו"ל. בית המשפט קבע כי קינן אישרה בעדותה שניכתה את הוצאות הטלפון הנייד שלה מהכנסתה החייבת ומכאן שגם אם חויבה במע"מ שלא כדין לא נגרם לה נזק. בנוסף על כך קבע בית המשפט כי קינן חזרה בה מטענתה לפיה חויבה במע"מ בגין משלוח מסרונים ולפיכך השירותים היחידים שחויבה בגינם במע"מ הם אלו שפורטו בהודעת החדילה שהגישה רשות המיסים ואשר לא ניתן לנהל בקשר אליהם תובענה ייצוגית. לכן, כך קבע בית המשפט המחוזי, לא עומדת לקינן עילת תביעה אישית נגד פרטנר ומכאן שיש לדחות את בקשת האישור שהוגשה נגדה.

אשר לסלקום ציין בית המשפט המחוזי כי בבקשת האישור נגדה נטען כי היא חייבה במע"מ שלא כדין את המערערת 1 בערעור בעניין חברות הסלולר (להלן: ברניר) בגין שירותי call back, שירותי אינטרנט בחו"ל ומשלוח מסרונים. בית המשפט המחוזי דחה את בקשתה של ברניר לנהל נגד סלקום תובענה ייצוגית בשם לקוחות שחויבו במע"מ בגין שירותי call back מאחר ששירות זה נכלל בהודעת החדילה שהגישה רשות המיסים, ודחה גם את הבקשה ביחס לשירותי אינטרנט בחו"ל בנימוק שברניר אישרה בעדותה כי לא צרכה שירותים כאלו. בית המשפט המחוזי אף הוסיף וקבע כי אין מקום להחליף את ברניר בתובע ייצוגי המתאים לייצג לקוחות שהשתמשו באינטרנט בחו"ל שכן אי התאמתה הייתה ידועה כבר בעת שהוגשה בקשת האישור. כמו כן, קבע בית המשפט המחוזי כי בכל הנוגע לשירותי call back ושירותי אינטרנט בחו"ל פעלה סלקום בהתאם להנחיותיה של רשות המיסים וזאת בהתאם להתחייבותה בהסכם פשרה שאושר במסגרת תובענה ייצוגית אחרת שהוגשה נגדה (ת"א 1346/00 – להלן: עניין רוזנברג), ואף מטעם זה אין מקום לאפשר למערערים לנהל נגדה תובענה ייצוגית להשבת מע"מ שנגבה בגין שירותים אלו. מנגד, כך קבע בית המשפט המחוזי, במקרה דנן מתקיימים התנאים הנדרשים להתיר לברניר לנהל נגד סלקום תובענה ייצוגית להשבת מע"מ שנגבה בגין משלוח מסרונים מחו"ל. בית המשפט המחוזי עמד על כך שרשות המיסים הבהירה כי מאז ומתמיד הנחתה את חברות הסלולר שלא לגבות מע"מ בגין משלוח מסרונים מחו"ל והסבריה של סלקום בתשובה לשאלה מדוע חייבה במע"מ בגין שירות זה, לא היו מספקים. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי הוכח לכאורה שלברניר עומדת עילת תביעה אישית נגד סלקום בשל כך שחויבה במע"מ בגין

משלוח מסרונים מחו"ל וכי בהסכם הפשרה שאושר בעניין רחנברג לא דובר על משלוח מסרונים. על כן, אין צורך להכריע בטענתה של סלקום לפיה הסכם זה מונע את אישור התובענה הייצוגית מחמת מעשה בית דין. מטעמים אלו התיר בית המשפט המחוזי לברניר לנהל נגד סלקום תובענה ייצוגית בשם כל "לקוחות סלקום אשר שלחו מסרונים מחו"ל, שלא במסגרת חבילה שנרכשה מראש, החל מ- 13.7.2003 ועד 1.1.2011" בעילות של "הפרת סעיף 30(א)(7) בחוק מע"מ", הפרת חוזה, רשלנות, ועשיית עושר שלא במשפט.

טענות הצדדים בערעור בעניין חברות הסלולר

טענות המערערים

15. לטענת המערערים שגה בית המשפט המחוזי משדחה את בקשות האישור שהגישו נגד פרטנר ופלאפון ובאופן חלקי את בקשת האישור שהגישו נגד סלקום. לטענתם, חברות הסלולר לא גבו מע"מ בשמה של רשות המיסים ולא פעלו כידה הארוכה אלא רק "גלגלו" את הסכומים שהיה עליהן לשלם לרשות המיסים אל כתפי הלקוחות. מכאן, כך טוענים המערערים, שרשות המיסים לא גבתה מחברי הקבוצה המיוצגת מע"מ בגין השירותים שקיבלו מחברות הסלולר בחו"ל ולא היה באפשרותם להגיש נגדה תביעת השבה ייצוגית. המערערים מדגישים בהקשר זה כי בעניין גווילי טענה רשות המיסים כי אין יריבות בינה ובין הקבוצה המיוצגת באותה הפרשה מן הטעם שמע"מ אינו נגבה מצרכנים אלא מעוסקים בלבד, ומכאן שגם לשיטתה אין באפשרותם של חברי הקבוצה להגיש נגדה תביעת השבה ייצוגית. מטעמים אלו סבורים המשיבים כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי בקשת האישור נגד חברות הסלולר מהווה ניסיון לתבוע בעקיפין את רשות המיסים ולשלול ממנה את ההגנות שהוקנו לה בחוק תובענות ייצוגיות. המערערים מוסיפים וטוענים כי העובדה שיתכן שבעתיד יהיה באפשרותן של חברות הסלולר לדרוש מרשות המיסים שיפוי בגין הסכומים שאותם יידרשו לשלם לקבוצה המיוצגת, אף היא אינה יכולה להצדיק את דחייתה של בקשת האישור, שכן ההגנות שהוקנו לרשות המיסים במסגרת חוק תובענות ייצוגיות לא נועדו להגביל את חבותם של גורמים פרטיים ועל כן אין מקום לאפשר לגופים פרטיים ליהנות מהן. לטענת המערערים פרשנות מעין זו אינה מתיישבת עם לשונו ותכליתו של חוק תובענות ייצוגיות והיא תאפשר לגופים פרטיים להדוף בקשות אישור המופנות כלפיהם אם יטענו כי יתבעו מהמדינה לשפות אותם על כל סכום שבו יחויבו במסגרת ההליך. בנוסף על כך טוענים המערערים כי פרשנות מעין זו אינה רצויה שכן היא אינה מעניקה לעוסקים כל תמריץ לוודא כי הם גובים מלקוחותיהם מע"מ כדין,

ועוד הם טוענים כי פרשנות זו היא בלתי הוגנת שכן אין הצדקה למנוע מלקוחות השבה של מע"מ שנגבה מהם שלא כדין בשל חשש שהכספים שיושבו להם ייצאו בסופו של דבר מכיסה של המדינה.

16. המערערים מוסיפים וטוענים כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי לא הוכח שחברות הסלולר פעלו בניגוד להנחיותיה של רשות המיסים. לטענתם, אין חולק כי חברות הסלולר לא פעלו באופן אחיד וחייבו באופן שונה בגין כל אחד מהשירותים שנמנו בבקשת האישור. בנסיבות אלו, כך נטען, לא ייתכן שכל חברות הסלולר נהגו בהתאם להנחיותיה של רשות המיסים. עוד טוענים המערערים כי גם אם חברות הסלולר פעלו בהתאם להנחיותיה של רשות המיסים אין בכך ולא כלום שכן פעולה בהתאם להנחיות המאסדר אינה פוטרת מאחריות את מי שפעלו בניגוד לדין ואינה מקימה חסינות מפני תביעות השבה. המערערים טוענים בהקשר זה כי חברות הסלולר לא פעלו כדי לשנות את הנחיותיה של רשות המיסים למרות שידעו היטב כי הן מנוגדות לדין ואף מטעם זה אין מקום להסיר מהן אחריות. כמו כן, טוענים המערערים כי שגה בית המשפט המחוזי משקבע כי היה באפשרותן של חברות הסלולר לגבות מע"מ בגין שירותים שניתנו במסגרת חבילת תקשורת, ולבסוף הם טוענים כי שגה בית המשפט משקבע כי הם נעדרו עילת תביעה אישית.

טענות רשות המיסים

17. לטענת רשות המיסים התובענה הייצוגית אותה מבקשים המערערים לנהל היא במהותה תביעת השבה ייצוגית נגד רשות כאמור בסעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות ולפיכך היה עליהם להפנות אותה מלכתחילה כלפיה. לטענתה, המערערים לא נהגו כך משום שביקשו לעקוף את ההגנות שהוקנו לרשויות ציבוריות בחוק תובענות ייצוגיות על ידי הפניית התביעה כלפי חברות הסלולר בלבד. ואולם, כך טוענת רשות המיסים, הגנות אלו הן הגנות מהותיות ולא דיוניות ועליהן לחול בכל הליך ייצוגי ולא רק בהליכים ייצוגיים נגד רשויות ציבוריות. לפיכך סבורה רשות המיסים כי לא ניתן לנהל נגד עוסקים פרטיים שפעלו בהתאם להנחיותיה תובענה ייצוגית להשבת תשלומי חובה שהוגשה לגביהם הודעת חדילה על ידי הרשות. רשות המיסים מוסיפה וטוענת כי אין לקבל את עמדת המערערים לפיה אין באפשרותם לתבוע ממנה השבה של מע"מ שנגבה בניגוד לדין בשל היעדר יריבות עמה. לטענתה, עמדה זו חותרת בבירור תחת תכליתו של פרט 11 לתוספת השנייה לחוק שעניינה תביעות השבה נגד רשות, ואם תתקבל לא יהיה ניתן לנהל תובענות ייצוגיות להשבת מיסים עקיפים שנגבו ביתר. רשות המיסים מדגישה בהקשר זה כי אף שבפתח ההליכים בעניין גווילי היא טענה כי אין יריבות

בינה ובין קבוצת התובעים המיוצגת באותה פרשה, בהמשך ההליכים שם היא שינתה את עמדתה בנושא זה והסכימה להחליף כנתבעת את חברות הטלפון. לפיכך סבורה רשות המיסים כי אין סתירה בין העמדה שהציגה בעניין גווילי ובין עמדתה בהליכים דנן.

רשות המיסים מוסיפה וטוענת כי גם לגופו של עניין לא היה מקום לקבל את בקשת האישור שהגישו המערערים. לטענתה, ההנחיות שהוציאה בשנת 2000 בנוגע להטלת מע"מ בגין שירותי תקשורת בחו"ל היו נכונות לשעתן ולא עמדו בניגוד להוראות חוק המע"מ. הצורך לשנות הנחיות אלו, כך טוענת רשות המיסים, נבע משינויים טכנולוגיים אשר הצריכו חשיבה מחודשת בנוגע לחבותן במע"מ של עסקאות למתן שירותי תקשורת בחו"ל. לפיכך, כך נטען, העובדה שההנחיות שונו ושכיום לא מוטל מע"מ על שירותים שבעבר חויבו במע"מ, אין משמעותה כי גביית המע"מ בגין שירותים אלו הייתה שלא כדין. לבסוף טוענת הרשות כי צדק בית המשפט המחוזי משקבע כי עסקה לרכישת חבילת תקשורת היא עסקה לרכישת נכס ולא עסקה למתן שירות בחו"ל כאמור בסעיף 30(א)(7) לחוק המע"מ.

טענות חברות הסלולר

18. סלקום מצטרפת לטענת רשות המיסים לפיה התביעה אותה מבקשים המערערים לנהל היא במהותה תביעת השבה ייצוגית נגד רשות המיסים וכי אין לאפשר להם לעקוף את ההגנות שהוקנו לרשויות ציבוריות בחוק תובענות ייצוגיות באמצעות הפניית טענותיהם כלפי חברות הסלולר בלבד. עוד טוענת סלקום כי אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה חברות הסלולר פעלו בהתאם להנחיותיה של רשות המיסים. לטענתה, היא הציגה בפני בית המשפט המחוזי שתי הנחיות נוספות שניתנו לה בנוסף להנחיות משנת 2000, במסגרתן הורתה לה רשות המיסים מפורשות שלא לבחון את החבות במע"מ בהתאם למקום צריכת השירות (כפי שנקבע שיש לעשות בעניין גווילי) אלא בהתאם למיקומה של המרכזיה שבאמצעותה ניתן השירות. לפיכך, טוענת סלקום כי העובדה שגבתה מע"מ בגין שירותים שפלאפון ופרטנר לא גבו מע"מ בגינם אין בה כדי ללמד שהיא פעלה שלא כדין. סלקום ממשיכה וטוענת כי אין לחשוד בה כי היה לה אינטרס לגבות מע"מ מלקוחותיה מעבר לנדרש ולראיה, לאחר פרסום ההנחיות משנת 2000 היא פנתה אל רשות המיסים בניסיון לשכנע אותה לאפשר לה שלא לגבות מע"מ בגין שירותים אותם היא מספקת ללקוחותיה בחו"ל. ואולם, כך נטען, רשות המיסים לא נענתה לפנייתה ולא שינתה ממדיניותה בנושא. סלקום מוסיפה וטוענת כי יש לדחות את טענת המערערים לפיה העובדה שנהגה

בהתאם להנחיות רשות המיסים אינה מונעת את אישור התובענה הייצוגית נגדה וזאת, לטענתה, מאחר שהיא האמינה בתום לב שהיא פועלת בהתאם להרשאה חוקית ומשכך עומדת לה ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין. לטענת סלקום, אף שסעיף 6 קובע כי הוא אינו מקנה הגנה מפני תביעות רשלנות, הרציונל העומד בבסיסו יפה גם לתביעות בעילה זו ואף לתביעות המבוססות על עילות שמחוץ לדיני הנזיקין. עוד טוענת סלקום כי טענת המערערים לפיה חברות סלולר התרשלו בכך שלא פעלו מול רשות המיסים כדי לשנות את ההנחיות משנת 2000 שגויה שכן היא עצמה פעלה לשינוי ההנחיות. לבסוף טוענת סלקום כי אין מקום לאפשר למערערים לתקוף את עמדת רשות המיסים בנוגע להטלת מע"מ על עסקאות לרכישת חבילות תקשורת במסגרת הליכי תובענה ייצוגית.

19. פרטנר ופלאפון מצטרפות לטענות סלקום ומוסיפות כי גם הן פנו לרשות המיסים על מנת לקבל הבהרות בשאלה אילו שירותי תקשורת הניתנים בחו"ל חייבים במע"מ. עוד הן טוענות כי אין לקבל את טענת המערערים להיעדר יריבות בינם ובין רשות המיסים ולשיטתן, נוכח העובדה שרשות המיסים מחזיקה בידיה את הכספים אשר על פי הטענה נגבו שלא כדין, אין כל מניעה שהמערערים יתבעו ממנה השבה של כספים אלו. כמו כן טוענות פרטנר ופלאפון כי בדין קבע בית המשפט המחוזי שחבילת תקשורת היא נכס אשר יש לשלם עליו מע"מ בשיעור מלא.

דיון והכרעה

20. חוק תובענות ייצוגיות מקנה לרשויות ציבוריות שורה של הגנות מיוחדות שאינן נתונות לנתבעים מן המגזר הפרטי. הגנות אלו מעוגנות בחמישה מסעיפי החוק ואלו הם:

א. סעיף 3 לחוק הקובע כי "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". סעיף זה חוסם את האפשרות לנהל נגד רשויות ציבוריות הליכים ייצוגיים בעילה נזיקית בשל התרשלות בהפעלת הסמכויות השלטוניות המפורטות בסעיף.

ב. סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות המאפשר לרשות ציבורית לחסום את אישורה של בקשה לתביעת השבה ייצוגית שהוגשה נגדה על פי פרט 11

לתוספת השנייה לחוק, וזאת בדרך של מתן הודעת חדילה לעניין הגבייה שבשלה הוגשה הבקשה, כמפורט בסעיף 9 הנ"ל.

ג. סעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות הקובע תקופת התיישנות מקוצרת לגבי תביעות השבה ייצוגיות המוגשות נגד רשות ולפיו אין לחייבה "בהשבה לגבי תקופה העולה על 24 החודשים שקדמו למועד שבו הוגשה הבקשה לאישור".

ד. סעיף 8(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות הקובע כי בבואו להכריע בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשות רשאי בית המשפט לשקול את הנזק שייגרם לציבור כתוצאה מקבלת הבקשה אל מול התועלת הצפויה מכך.

ה. סעיף 20(ד)(1) לחוק תובענות ייצוגיות המורה כי אם התקבלה תובענה ייצוגית נגד רשות רשאי בית המשפט "בבואו להחליט בדבר שיעור הפיצויים ואופן תשלום הפיצויים, להתחשב גם בנזק העלול להיגרם, בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור". עם זאת, ראוי לציין כי הגנה דומה ניתנת בסעיף 20(ד)(2) גם לנתבעים שאינם רשויות ציבוריות.

21. הסוגיה הראשונה אשר יש להידרש אליה לצורך הדיון שבפנינו נוגעת לטיבן ואופיין של ההגנות הקבועות בסעיפים 3, 8(ב)(1), 9, 20(ד)(1) ו- 21, המפורטות לעיל. האם בפנינו הוראות המקנות לרשויות הגנות מהותיות או שמא מדובר בהגנות דיוניות הנוגעות אך ורק להליכים של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות המופנות כנגדן (לאבחנה בין הגנות דיוניות ומהותיות ראו: אהרון ברק "מעוולים ביחד" דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית בעמ' 493-511 (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, 1976) (להלן: תורת הנזיקין); דניאל פרידמן ואלרן שפירא-בר אור דיני עשיית עושר ולא במשפט בעמ' 414-418 (כרך א', 2015) (להלן: דיני עשיית עושר); דניאל פרידמן ונילי כהן "ריבוי חייבים" דיני חייבים - חלק כללי 155, 245-251 ו- 265-275 (דניאל פרידמן עורך, 1994) (להלן: ריבוי חייבים); ע"א 3765/95 חוסיין נ' טורם, פ"ד נ(5) 573, 581-583 (1994) (להלן: עניין חוסיין); ע"א 479/60 אפלשטיין נ' אהרונ, פ"ד טו 682, 694-700 (1996) (להלן: עניין חוסיין); ע"א 303/75 מדינת ישראל נ' רפאל, פ"ד כט(2) 601, 605-606 (1975) (להלן: עניין רפאל)). ההכרעה בשאלה זו יש לה חשיבות לא מבוטלת הואיל והיא מקרינה, בין היתר, על האפשרות של נתבעים שאינם רשויות ציבוריות לשלוח הודעת צד שלישי לרשות בהליך ייצוגי וכן על האפשרות של נתבעים אלה להגיש נגד הרשות תביעה

עצמאית-פרטנית לשיפוי או להשתתפות בגין סכומים שבהם חויבו בהליך ייצוגי שהוגש נגדם. בעניין קודל תל שכבר הוזכר לעיל, התייחס בית המשפט (מפי הנשיא (בדימ') א' גרוניס) להתלבטויות המתעוררות בהקשר זה מבלי להכריע בהן, ובשל חשיבות הדברים לענייננו מן הראוי להביא את הדברים כלשונם:

חוק תובענות ייצוגיות כולל הוראות המקנות הגנות שונות ל"רשות" כנתבעת בתובענה ייצוגית. ... נוכח הסדרים מיוחדים אלו, התשובה לשאלה אם ניתן להגיש בתובענה ייצוגית הודעה לצד שלישי נגד רשות אינה פשוטה. מחד גיסא, ניתן לטעון כי בהגשת הודעה לצד שלישי נגד רשות ציבורית, תיתכן עקיפה של ההסדרים המיוחדים שנקבעו בחוק לעניין זה. טלו, לדוגמה, גוף פרטי שהוגשה נגדו תובענה ייצוגית, שבה נתבע פיצוי לגבי נזק שנגרם בשבע השנים שקדמו להגשת ההליך. ניתן לטעון, כי אם יגיש הנתבע הודעה לצד שלישי נגד המדינה, משמעות הדבר היא עקיפה של ההוראה שלפיה לא תחויב הרשות כנתבעת בהשבה לגבי תקופה העולה על 24 החודשים שקדמו לבקשה לאישור (סעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות). האם ייתכן שהמדינה תחויב בתשלום סכומים גבוהים יותר, בניגוד לרצון המחוקק להגן עליה מפני ההשלכה התקציבית הנובעת מהתובענה הייצוגית? מאידך גיסא, גם העמדה שלפיה לא ניתן ליתן הודעה לצד שלישי לרשות ציבורית מעוררת קשיים לא מבוטלים. ראשית, ניתן לטעון כי ממילא יוכל הנתבע לתבוע מהרשות הציבורית את השיפוי או ההשתתפות בהליך נפרד. על-כן, מדוע שטענות הנתבע כבר לא תתבררנה באמצעות הודעה לצד שלישי, כך שיימנעו כפל הדיון והחשש מפני הכרעות סותרות? זאת ועוד, כשהרשות הציבורית היא נתבעת בתובענה ייצוגית, בחר המחוקק באימוץ הסדרים שלפיהם עדיף למנוע נזק גדול לקופה הציבורית על-פני מתן פיצוי בסכומים נמוכים המפוזרים בין חברי הקבוצה. פיזור זה שימש אחד הנימוקים לקביעה, כי ההסדרים בחוק הם מידתיים ... עם זאת, כאשר מדובר ברשות ציבורית כצד שלישי רציונל זה אינו מתקיים שכן מדובר באיזון שונה, בין הנתבע לבין הרשות הציבורית, הנושאים שניהם בסיכון שעל כתפיהם יוטל חיוב "במרוכז". בנוסף, עולה ונשאלת השאלה, האם ההסדרים המיוחדים בחוק תובענות ייצוגיות מעניקים לרשות הציבורית הגנות "דיוניות" בלבד, או שמא יש להם גם פן "מהותי" כלפי הקבוצה המיוצגת. אם נראה את אותם הסדרים כדיוניים בלבד, הרי שלכאורה אין בהם כדי לגרוע מזכות להשתתפות או לשיפוי כלפי הרשות הציבורית, אף במסגרת הודעה לצד שלישי. (שם, בפסקה 51 – ההדגשות במקור).

22. לאמיתו של דבר, הסוגיה הנוגעת לטיבן ואופיין של ההגנות המיוחדות הנתונות לרשויות בחוק תובענות ייצוגיות כבר נדונה והוכרעה לפני כשש שנים בעתירה שהוגשה נגד חוקתיותן של ההגנות המיוחדות הללו (בג"ץ 2367/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (29.8.2011) (להלן: עניין כהן)). בפסק הדין שניתן בעניין כהן נפסק כי ככל שהדבר נוגע להגנות הקבועות בסעיפים 3(א), 9 ו-21 לחוק, אין מדובר בהגנות מהותיות. ובלשון פסק הדין לעניין סעיף 3(א):

סעיף 3(א) [לחוק תובענות ייצוגיות] אינו מעניק למדינה חסינות מהותית מפני תביעות נזיקיות, אלא קובע כי במצבים בהם צד שלישי הוא שגרם את הנזק לא ניתן יהיה לתבוע את המדינה באמצעות תובענה ייצוגית. הסעיף אינו שולל הגשת תביעה אישית נגד המדינה ... אלא אך מגביל את האפשרות להגיש נגדה תובענות ייצוגיות בעילה של "הפעלה או אי-הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה". (שם, בפסקה 34)

באופן דומה נפסק בעניין כהן כי אף שהוראות סעיפים 9 ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות פוטרות את הרשות מהשבה במסגרת ההליך הייצוגי המופנה כלפיה ככל שהרשות הגישה הודעת חדילה (סעיף 9 לחוק), ומגבילות את היקף ההשבה בו ניתן לחייב אותה במסגרת הליך כאמור (סעיף 21 לחוק), הן אינן גורעת מזכותו המהותית של כל אחד מחברי הקבוצה לתבוע מידיה בתביעה אישית את מלוא הסכומים שנגבו ממנו שלא כדין (שם, בפסקה 41; עוד ראו: ע"מ 6687/11 מדינת ישראל נ' אבוטבול, בפסקה 24 (25.12.2012)). משמע, כך נקבע, ההגנות הקבועות בסעיפים 3(א), 9 ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות אין בהן כדי לצמצם את זכות התביעה המהותית העומדת לחברי הקבוצה המיוצגת ומכאן שאין מדובר בהגנות מהותיות.

23. קביעות אלה בעניין כהן מתיישבות היטב עם הגישה העקרונית לפיה חוק תובענות ייצוגיות אינו אלא מכשיר דיוני לאיחודן של תביעות רבות תחת קורת גג אחת והוא אינו מיועד להקנות זכויות מהותיות חדשות או לגרוע מזכויות מהותיות קיימות המוקנות בדין לכל אחד מחברי קבוצת התובעים המיוצגת (ראו: רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פסקה 16 (14.12.2006) עניין כהן, בפסקה 24; עוד ראו: דברי ח"כ רשף חן שהיה מיוזמי ומנסחי חוק תובענות ייצוגיות בד"כ 16(4) עמ' 27859). המסקנה לפיה ההגנות הקבועות בסעיפים 3(א), 9 ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות, וכן ההגנות הקבועות בסעיפים 8(ב)(1) ו-20(ד)(1) לאותו החוק אינן הגנות מהותיות, אף נתמכת בלשון החוק עצמו, שכן סעיפים 3(א), 8(ב)(1), 9, 20(ד)(1) ו-21 על פי נוסחם, מצמצמים את האפשרות לנהל הליכים

ייצוגיים נגד הרשויות ואין בהם כל התייחסות לשלילת הזכות המהותית של מי שנפגעו כתוצאה מפעולותיהן או מחדליהן לתבוע בהליך מסוג אחר את הסעד המגיע לנפגע. אכן, ככל שביקש המחוקק להגביל או לשלול זכות מהותית לתביעה, ניתן לצפות כי יעשה כן בלשון מפורשת, וכך אף קובעים כללי הפרשנות הנוהגים עמנו לפיהם אין מפרשים הוראת חוק באופן הפוגע בזכות מהותית, אם מלשונה של הוראה זו לא עולה באופן ברור כי לשם כך נועדה. זאת אפילו עולה מן ההיסטוריה החקיקתית כי לכך כיוון המחוקק (ראו: בע"א 2112/95 אגף המכס והמע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, פ"ד נג(5) 769, 796-795 (1999) (להלן: עניין אלקה); אהרן ברק פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית כרך א' בעמ' 380 (1992) (להלן: פרשנות במשפט); עוד ראו והשוו: ד"נ 21/61 קמר נ' שריקי, פ"ד טו 2604, 2608-2609 (1962)). ואכן, אין קושי למצוא בדברי החקיקה דוגמאות לניסוח מפורש מסוג זה מקום שבו ביקש המחוקק לשלול או לצמצם זכות מהותית (ראו, למשל: סעיף 23(א) לפקודת מסילות הברזל [נוסח חדש], התשל"ב-1972; סעיף 6 לפקודת הובלת טובין בים; סעיף 75 לחוק הספנות (ימאים), התשל"ג-1973; סעיף 15 לחוק התובלה האווירית, התש"ס-1980).

24. ההלכה שנפסקה בעניין כהן לעניין אופיין וטיבן הדיוני של ההגנות שהוקנו לרשויות בסעיפים 3(א), 9 ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות, התייחסה להשלכות הנובעות מכך במישור היחסים שבין הרשות ובין כל אחד מחברי הקבוצה, תוך הדגשה כי המחסומים הדיוניים שהציבו הגנות אלה אינם שוללים את זכותו המהותית של כל אחד מחברי הקבוצה הנפגעת להיפרע מן הרשות בתביעה אישית את מלוא היקפו של הסעד שהוא טוען לו, ככל שיוכיח את עילתו (עניין כהן, בפסקאות 34 ו-41). לכאורה, יש לגזור מכך מסקנה נוספת גם באשר למישור היחסים שבין הרשות ובין הנתבע הפרטי בהליך הייצוגי מקום שבו טוען הנתבע הפרטי לזכות השתתפות או שיפוי מאת הרשות ככל שיחויב בדיון. זאת, מכוח העיקרון שעליו מבוססות תביעות ההשתתפות והשיפוי ולפיו כאשר שניים חייבים כלפי נושה אחד ורק אחד מהם נושא בתשלום החוב, לא יהא זה צודק לאפשר לחייב שלא שילם להתעשר על חשבוננו של חברו ולהימנע מלהתחלק עמו בנטל התשלום, גם אם מטעמים פרוצדוראליים כאלה ואחרים אין באפשרותו של הנושה לתבוע מאותו החייב את חלקו (ראו: עניין חוסיין, בעמ' 583-578; עוד ראו: ברק תורת הנזיקין בעמ' 493-494; פרידמן וכהן ריבוי חייבים בעמ' 176-181; ע"א 1650/10 גד כימיקלים בע"מ נ' BIP Chemicals Ltd, פסקה 13 (27.12.2012) (להלן: עניין גד כימיקלים)). זאת בשונה ממצב דברים שבו מדובר בשני מעוולים שאחד מהם פטור על פי דין מלשאת באחריות למעשיו. במצב זה אין למעוול שאינו פטור זכות לחזור אל המעוול האחר-הפטור שכן זה האחרון לא התעשר בעקבות התשלום שביצע חברו. ובמילים אחרות: מי שפטור מלשאת בתשלום כלשהו פטור גם

מלהשתתף בו, ומסיבה זו חובת ההשתתפות אינה קיימת מקום שבו הנתבע להשתתפות נהנה מחסינות מהותית הפוטרת אותו מחבות כלפי הניזוק (ראו: ברק תורת הניזוק בעמ' 505; פרידמן ושפירא בר אור דיני עשיית עושר בעמ' 414-415; ע"א 9165/09 כתריאל נ' תדד, בפסקה 11 (16.11.2011); ע"א 523/63 גלפנד נ' כהן, פ"ד יח(2) 197, 199-200 (1964)).

25. בעניין קורל תל ציין השופט גרוניס כי התכלית העיקרית של ההגנות המיוחדות שניתנו לרשויות ציבוריות בחוק תובענות ייצוגיות היא מניעת פגיעה בתקציבן של הרשויות כתוצאה מחיובן בפיצויים או בהשבה בהיקפים גדולים (שם, בפסקה 51; עוד ראו: עניין כהן, בפסקאות 38 ו-41; וכן דברי ח"כ רשף חן, ד"כ 16(4) בעמ' 27857-27856). יישומן של ההגנות המיוחדות שהוקנו לרשויות בחוק תובענות ייצוגיות אכן מגשימה תכלית זו במישור היחסים שבינן ובין הקבוצה המיוצגת שזכויותיה מוכרעות במסגרת ההליך הייצוגי. ואולם, בהינתן אופיין הדיוני של ההגנות הללו, נראה לי כי אין מקום לשלול מן הנתבע הפרטי בהליך הייצוגי את הזכות המהותית, ככל שהיא נתונה לו בדין, להשתתפות ולשיפוי מידי הרשות. זאת, הגם שאין לחדד כי תוצאה זו יש בה באותם המקרים כדי "לנטרל" (או בלשוננו של הנשיא גרוניס בעניין קורל תל "לעקוף") במידה לא מבוטלת את ההגנות המיוחדות הנזכרות לעיל אשר הוקנו לרשויות בחוק תובענות ייצוגיות. שהרי אילו הייתה התובענה הייצוגית מופנית ישירות נגד הרשות היו אותן ההגנות חוסמות את התובענה הייצוגית נגדה או למצער מצמצמות את היקף הסעדים שהיה בידי הקבוצה לקבל מידיה. אכן, לנוכח המסקנה שאליה הגעתי לא יתאפשר לרשות להיסמך על ההגנות האמורות בהליך שיינקט נגדה על ידי הנתבע הפרטי להשתתפות או לשיפוי (בהודעת צד שלישי או בתביעה נפרדת), ובמובן זה ניתן לומר כי ההגנות המיוחדות ה"סוגרות" בפני התובע הייצוגי את "השער" ולמצער מקטינות מאוד את "פתח הכניסה" שדרכו יוכל התובע הייצוגי לעבור בתובענה ייצוגית המופנית ישירות נגד הרשות, אין בהן כדי לסגור את "החלון" בפני הנתבע הפרטי שנגדו הופנתה התובענה הייצוגית להיפרע מידי הרשות את זכות ההשתתפות או השיפוי המוקנות לו בדין, ככל שתוטל עליו חבות כלפי הקבוצה המיוצגת.

26. מסקנה זו מתבקשת בעיני מכמה טעמים.

ראשית בשל הטעם שעליו כבר עמדתי לעיל והוא כי אין מבטלים זכות מהותית לשיפוי או להשתתפות מפני הגנות דיוניות המוקנות למעוול או לחייב במשותף. וכפי שכבר צוין לעיל בהקשר זה, אין מקום לפרש הוראת חוק באופן הגורע מזכות מהותית אלא אם כן ניתן לכך ביטוי ברור ומפורש בלשון ההוראה. לפיכך, משלא נקבעה בחוק

תובענות ייצוגיות הוראה ברורה ומפורשת לעניין זה, אין מקום לשלול מגופים פרטיים אשר נגדם ננקטו הליכים ייצוגיים, הגשת הודעת צד שלישי או תביעה להשתתפות או שיפוי נגד רשויות בגין הסעדים שבהם יחויבו בהליך הייצוגי. במאמר מוסגר ראוי לציין כי מן ההיסטוריה החקיקתית ניתן ללמוד שההגנות המיוחדות שהוקנו לרשויות בחוק תובענות ייצוגיות הן תולדה של פשרה פוליטית ובעת שנחקקו כלל לא ניתנה הדעת לשאלה האם יש בכוחן למנוע מנתבעים בהליכים ייצוגיים להגיש נגד רשויות הודעות צד שלישי ותביעות השתתפות ושיפוי בגין תוצאותיהם של הליכים אלו (וראו בעניין זה: פרוטוקולים מדיוני ועדת המשנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין הצעת חוק תובענות ייצוגיות מימים 20.4.2005, 11.1.2006 ו- 26.1.2006, ופרוטוקולים מדיוני ועדת חוקה חוק ומשפט מימים 18.7.2005, 7.2.2006 ו- 1.3.2006 – כל הפרוטוקולים מדיוני הוועדות בחוק תובענות ייצוגיות זמינים באתר האינטרנט של הכנסת בכתובת: <http://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteeProtocols.aspx> עוד ראו: דברי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט ח"כ מיכאל איתן בד"כ 16(4) בעמ' 27854; ודברי ח"כ רשף חן, שם בעמ' 27856-27857; כן ראו: פסקה 2 לחוות דעתה של המשנה לנשיאה (כתוארה אז) מ' נאור בעע"ס 7373/10 לוי נ' מדינת ישראל (13.8.2012)).

שנית, כפי שציין הנשיא גרוניס בעניין קורל תל: "כשהרשות הציבורית היא נתבעת בתובענה ייצוגית, בחר המחוקק באימוץ הסדרים שלפיהם עדיף למנוע נזק גדול לקופה הציבורית על-פני מתן פיצוי בסכומים נמוכים המפוזרים בין חברי הקבוצה. פיזור זה שימש אחד הנימוקים לקביעה, כי ההסדרים בחוק הם מידתיים" (שם, בפסקה 51). אך כאשר הרשות הציבורית נתבעת כצד שלישי רציונל זה אינו מתקיים ואף על כך עמד הנשיא גרוניס בעניין קורל תל בצינו כי במצב דברים כזה "מדובר באיזון שונה, בין הנתבע לבין הרשות הציבורית, הנושאים שניהם בסיכון שעל כתפיהם יוטל חיוב 'במרוכז' (שם).

שלישית, כוחן של ההגנות המיוחדות שהוקנו לרשויות בחוק תובענות ייצוגיות נותר עמן במלוא ההיקף בכל אותם הליכים ייצוגיים אשר בהם אין בנמצא גוף פרטי שניתן לתבוע בקשר לעניין שעליו נסוב ההליך הייצוגי וממילא שאלת ההשתתפות או השיפוי אינה עולה. כמו כן, לא כל הליך ייצוגי המופנה כלפי גוף פרטי כנתבע מקים לאותו הנתבע עילת תביעה להשתתפות או לשיפוי נגד הרשות. על כן, המסקנה שאליה הגענו אין בה כדי לאיין את ההגנות המוקנות לרשויות בסעיפים 3, 8(ב)(1), 9, 20(ד)(1) ו- 21 לחוק תובענות ייצוגיות. דביעית, ככל שמדובר בהודעת צד שלישי או בתביעה נפרדת להשתתפות או לשיפוי שנקט נגד הרשות הגוף הפרטי-הנתבע בהליך

הייצוגי, נתונה לבית המשפט הסמכות להפחית את החיוב שעל הרשות לשאת בו ובמקרים מתאימים אף לפטור את הרשות כליל ממנו, וזאת מכוח עקרונות כלליים שנקבעו בדין בנוגע להפחתת סכומי השבה וחלוקת אחריות בין מעוולים (ראו: סעיף 84(ב) לפקודת הנזיקין; סעיף 2 לחוק עשיית עושר; פרידמן ושפירא בר אור דיני עשיית עושר בעמ' 65-68). דהיינו, ישנן דרכים נוספות לצמצם את הפגיעה התקציבית הקשה בקופה הציבורית שאותה נועדו ההגנות הקבועות בסעיפים 3, 8(ב)(1), 9, 20(ד)(1) ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות למנוע.

27. סיכום ביניים: ההסדרים המיוחדים שנקבעו בסעיפים 3, 8(ב)(1), 9, 20(ד)(1) ו-21 לחוק תובענות ייצוגיות, מקנים לרשויות הגנות שהנן דיוניות באופיין ועל כן אין בהסדרים אלו כדי לגרוע מזכותם של גופים פרטיים שנתבעו בהליכים ייצוגיים לחזור אל הרשות בתביעת השתתפות או שיפוי, ככל שיש בידם עילה לכך. זאת בין בדרך של הודעות צד שלישי במסגרת ההליך הייצוגי עצמו ובין בדרך של הגשת תביעה נפרדת. אך ככל שיבחר הנתבע בהליך הייצוגי לנקוט בדרך של הודעת צד שלישי, יהא עליו לקבל רשות לכך מבית המשפט הדן בהליך וזאת על פי תקנה 217 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), העוסקת בתובענות שלא נפתחו במסירת כתב תביעה שהוגש בהן כתב הגנה. בעניין קורל תל נפסק עוד כי השלב שבו על הנתבע לעתור לרשות כאמור הוא בעת הגשת התשובה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית (שם, בפסקה 42), והשיקולים אשר ראוי כי ינחו את בית המשפט בהחלטתו האם לאפשר הגשת הודעה לצד שלישי נגד רשות ציבורית, הם בעיקרם השיקולים האמורים להנחות את בית המשפט מקום שבו הוא נדרש להחליט האם לאפשר הגשת הודעה לצד שלישי בהליך ייצוגי נגד גוף שאינו רשות ציבורית (לעניין שיקולים אלו ראו שם, בפסקאות 34-37). הוא הדין באשר לשיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו ליתן הוראות מכוח תקנה 222 לתקנות סדר הדין האזרחי באשר לסדרי הדיון בתובענה הייצוגית ובהודעה לצד השלישי (שם, בפסקאות 43-50). עם זאת, העובדה כי הגוף שנגדו מתבקשת הגשת הודעת צד שלישי בהליך הייצוגי הוא רשות ציבורית, היא נתון שעשוי להיות רלבנטי במערך הכולל של השיקולים שעל בית המשפט לשקול בהקשר זה.

בהינתן המסקנות שאליהן הגענו בהיבט הכללי, יש להידרש עתה להליכים שבפנינו ולבחון כיצד יש באותן המסקנות כדי להשליך על תוצאותיהם.

28. בטרם נידרש לטענות שהעלתה אגד כנגד החלטתו של בית המשפט המחוזי שלא לאפשר לה הגשת הודעת צד שלישי נגד משרד התחבורה או צירוף שלו כנתבע בהליך הייצוגי, מן הראוי לבחון את הטענות שהעלתה לגופן של העילות אשר לגביהן ניתן ליסעור האישור לנהל נגדה תובענה ייצוגית. הטענה המרכזית, ולמעשה הטענה היחידה אשר נותרה באמתחתה של אגד בהקשר זה נוכח החלטתו של הנשיא גרוניס בבקשת רשות הערעור הראשונה שהגישה אגד, נוגעת לתחולתה של ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין במקרה דנן. כפי שפורט לעיל, דחה בית המשפט המחוזי את טענתה של אגד כי היא חוסה תחת כנפיה של ההגנה הקבועה בסעיף 6 הנ"ל בכל הקשור להפעלת קו המהדרין. אגד טענה בהקשר זה כי הפעלתו של קו המהדרין נעשתה באישור משרד התחבורה ובהתאם להוראותיו ולחלופין מתוך אמונה סבירה ובתום לב כי היא פועלת בעניין זה בתחום הרשאה חוקית. בדחותו את הטענה קבע בית המשפט המחוזי כי סעיף 6 לפקודת הנזיקין לא נועד להעניק הגנה למי שלא פעל על פי הכתבה שלטונית אלא על פי בחירתו שלו, כפי שפעלה אגד בעניין קו המהדרין, וזאת גם אם פעולותיו נעשו בדיעת רשויות המדינה. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי אין מקום לפירוש מרחיב של ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפיו כל מעשה או מחדל שרשויות המדינה היו מודעות לו אך לא מנעו את ביצועו, חוסה תחת הגנה זו.

דומני כי מבחן זה שאותו ביקש בית המשפט המחוזי ליישם בכל הנוגע לתחולתה של ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין, מצמצם את תחומיה של ההגנה יתר על המידה. עם זאת, ומן הטעמים שיפורטו להלן, אני סבורה כי אין מקום לשנות מן התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי ולפיה ההגנה שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין אין בה כדי לפטור את אגד מאחריות בנזיקין במקרה דנן.

29. סעיף 6 לפקודת הנזיקין קובע לאמור:

בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן או שנעשה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; בסעיף זה, "מעשה" – לרבות מחדל.

סעיף זה מסיר אחריות נזיקית ממי שפעל או חדל מלפעול אם עשה כן על פי הרשאה הקבועה בחיקוק או על פי הרשאה חוקית הניתנת על ידי גורם המוסמך לתיתה, ולמצער אם האמין באופן סביר ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית כזו, למעט אם

נהג ברשלנות (ראו: ע"א 80/404 בני עטרות מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 30, 46 (1984); רע"א 6567/97 בזק - חברה ישראלית לתקשורת בע"מ נ' גת, פ"ד נב(2) 713, 717 (1998); הצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) (אחריות עובדי הציבור), התשס"ג-2002, הצ"ח ממסלה 6 בעמ' 135; ברק תורת הנזיקין בעמ' 302-307; עמוס הרמן מבוא לדיני הנזיקין בעמ' 345 (2006)). כוחה של ההגנה הקבועה בסעיף 6 יפה גם בתביעות המבוססות על עוולות הקבועות מחוץ לפקודת הנזיקין (ראו: דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003); רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, בפסקאות 12-13 (26.04.2010) (להלן: עניין קו מחשבה)) ונפסק כי פעולות שנעשו תחת פיקוח הדוק של רשות מוסמכת תוך דיאלוג מתמשך עמה, חוסות אף הן תחת כנפיה של הגנה זו (ראו: רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות, פסקה 57 (9.12.2015); רע"א 8014/09 דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' פרידמן, פסקה 5 (21.4.2011)). עם זאת נפסק עוד כי במקרים שבהם הציגה הרשות עמדה לגבי פעולה מסוימת במסגרת הליך של "פרה רולינג" אין בכך כדי להקים למבצע הפעולה הגנה מפני תביעה נזיקית מכוח סעיף 6 הנ"ל (ראו: ע"א 4154/14 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן, פסקאות 28-33 (16.5.2017) (להלן: עניין הצלחה)).

30. בשונה מגישתו של בית המשפט המחוזי אני סבורה כי לשונו של סעיף 6 לפקודת הנזיקין, התכלית שביסוד ההגנה המוקנית בו וכן ההיסטוריה החקיקתית של סעיף זה על תיקונו (ראו: הצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) (אחריות עובדי הציבור), התשס"ג-2002, הצ"ח ממסלה 6 בעמ' 135), מלמדים כי הוראתו אינה מצומצמת אך לאותם המקרים שבו נכפה על אדם מכוח הדין לפעול או לחדול מפעולה. במובן זה מקובלת עלי טענתה של אגד כי ההגנה שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין יכול שתפרש גם על אותם המקרים שבהם מתיר הדין בחיקוק או בהרשאה חוקית הניתנת על ידי גורם מוסמך, לפעול או שלא לפעול בדרך מסוימת. והוא הדין באשר לטיבה ואופייה של הרשאה חוקית אשר נתבע האמין באופן סביר ובתום לב כי היא נתונה לו. ואולם, כפי שיובהר להלן, במקרה דנן נראה כי היתר כזה לא ניתן לאגד על ידי משרד התחבורה וכמו כן אין לקבל את טענתה כי הייתה לה אמונה סבירה ובתום לב כי משרד התחבורה התיר לה להפעיל את קו המהדרין במתכונת הפסולה שבה פעל. זאת ועוד, והוא עיקר – אפילו אני כי משרד התחבורה נתן לאגד היתר לאכוף הפרדה מגדרית בקווי המהדרין, לא היה בכך כדי להקנות לאגד הגנה מפני תביעה בעילה נזיקית לפי חוק איסור הפליה. הטעם לכך הוא שהחלטה להעניק היתר כזה, ככל שהייתה מתקבלת,

היא החלטה בלתי סבירה בעליל אשר שום אדם סביר אינו יכול להאמין בתום לב כי היא חוקית.

31. בהחלטתו קבע בית המשפט המחוזי כי הוכח לכאורה שאגד נטלה חלק בהפרדה כפויה בין גברים ונשים שנסעו בתקופה הרלבנטית בקו המהדרין. בקשתה של אגד ליתן לה רשות לערער על קביעה זו נדחתה על ידי הנשיא גרוניס במסגרת בקשת רשות הערעור הראשונה שהגישה ועל כן אין מקום להידרש להשגות שהעלתה אגד בפנינו בשנית בסוגיה זו. לחלופין טענה אגד כי הסדרי הנסיעה המפלים שהונהגו לכאורה בקו המהדרין אושרו על ידי משרד התחבורה. אגד הפנתה בהקשר זה לאמור בתגובה שהגיש משרד התחבורה בבג"ץ רגן (מב/י"ד) ובדו"ח לנגנטל (מב/י"ג) וטענה כי ממסמכים אלו משתמע אישור להפעלת קו המהדרין במתכונת האסורה שבה לכאורה הופעל. טענה זו דינה להידחות. כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, בתגובה שהוגשה בבג"ץ רגן ובדו"ח לנגנטל דובר על הפרדה וולונטארית בין גברים ונשים והודגש כי נאסר על מפעילי הקווים לקחת חלק באותה הפרדה. מכאן שלא ניתן ללמוד ממסמכים אלו, ולו בעקיפין, כי משרד התחבורה אישר לאגד להנהיג הפרדה כפויה בין נשים וגברים בקו המהדרין. מטעמים אלו יש לדחות גם את הטענה הנוספת שהעלתה אגד ולפיה האמינה בתום לב כי ניתנה לה הרשאה חוקית להנהיג הפרדה כפויה בין גברים ונשים בקו המהדרין. מקובלת עלי בהקשר זה מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה גם אם משרד התחבורה ידע על המתכונת הפסולה שבה פעל לכאורה קו המהדרין ולא מנע אותה אין לראות בכך משום הרשאה לאכוף הפרדה מגדרית בקווי המהדרין או מצג שבכוחו לבסס אמונה סבירה בקיומה של הרשאה כאמור (ראו והשוו: ע"א 186/52 מלון "עדן", ירושלים נ' גרזון, פ"ד ח 1121, 1132 (1954); עוד ראו: ת"צ (י-ם) 11630-05-10 ז'נין נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פסקה 53 (25.08.2013)). לבסוף יש לדחות את טענתה של אגד לפיה האישור שנתן לה משרד התחבורה לתעריף הנסיעה המוזל בקו המהדרין ולמסלול נסיעתו המיוחד, שומט את הבסיס מתחת לטענות שהעלתה יסעור בבקשת האישור. גם בעניין זה מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה אין דרך לנתק בהקשר זה בין מאפיינים אלו של קו המהדרין ובין ההדרה המגדרית הפסולה שאותה, לכאורה, אכפה אגד בקו זה.

32. יתר על כן, גם אם אניח לצורך הדיון כי נתונה לאגד ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין וכי היא מחוסנת מפני תביעות נזיקיות הקבועות בפקודה או בחיקוקים אחרים, כגון חוק איסור הפליה, אין בכך כדי להוליך לדחיית בקשת האישור כולה שכן זו נסמכת גם על עילות תביעה שאינן נזיקיות למשל מדיני עשיית עושר ולא במשפט וכן על עילות לפי חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, שאושרו אף הן על ידי בית

המשפט המחוזי (לאבחנה בין עילות נזיקיות ובין עילות אחרות בהקשר זה ראו: עניין הצלחה, בפסקה 34; עוד ראו והשוו: ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' לטד, פ"ד כט(1) 597, 602 (1974); פרידמן ושפירא בר אור דיני עשיית עושר בעמ' 143-147; יצחק אנגלרד ומישאל חשין "מהות הנזיקין" דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית בעמ' 12-24 (מהדורה שנייה, גד טדסקי עורך, 1976); עוד ראו והשוו: עניין קו מחשבה, בפסקאות 13-15).

33. משהגענו אל המסקנה כי בדין התקבלה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית שהגישה יסעור, לרבות בעילות הנזיקיות, עלינו להוסיף ולבחון האם יש מקום להתערב בהחלטתו של בית המשפט המחוזי לפיה אין לצרף את משרד התחבורה להליך כנתבע ואין לאשר לאגד הגשת הודעה לצד שלישי נגדו. בכל הנוגע לצירופו של משרד התחבורה כנתבע בהליך מקובלת עלי החלטתו של בית המשפט המחוזי אשר קבע כי האחריות שניתן להטיל על משרד התחבורה לנזקי הקבוצה שאותה מייצגת יסעור, נוגעת לאופן שבו התנהל משרד התחבורה כגורם שהוסמך בחוק ובתקנות לפקח על פעילותה של אגד, בין היתר, בהפעלת קו המהדרין. ואולם, כפי שבואר לעיל, סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות מקים בפני יסעור מחסום דיוני לניהולה של תובענה ייצוגית בעילה זו נגד משרד התחבורה בקבעו כי "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". הוראה זו לא אפשרה ליסעור מלכתחילה להפנות את בקשת האישור כלפי משרד התחבורה ומאותו הטעם עצמו היא מונעת את צירופו של משרד התחבורה כנתבע בתובענה הייצוגית לאחר אישור הבקשה. הגם שדי בטעם זה על מנת לדחות את טענת אגד בבקשת רשות הערעור לעניין אי צירופו של משרד התחבורה כנתבע, מן הראוי להוסיף ולציין כי הסמכות לדון בהליכים ייצוגיים נגד רשויות נתונה לבית המשפט לעניינים מנהליים (סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות), ומכאן שבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט אזרחי כלל אינו מוסמך לדון בסכסוך שבין רשות ציבורית לקבוצה המיוצגת וזאת גם בעילות שבהן ניתן להגיש הליך כזה נגד הרשות (ראו והשוו בהקשר זה: עע"ם 7151/04 הסכניון - מכון טכנולוגי לישראל נ' דן (14.3.2005)). טעם נוסף התומך בתוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי בהחליטו שלא לצרף את משרד התחבורה כנתבע בהליך, נעוץ בכך שהבקשה לצירופו כנתבע הוגשה על ידי אגד-הנתבעת ואילו יסעור כמי שהגישה את ההליך הייצוגי לא העלתה טענה כלשהי לקבלת סעד מידוי (ראו: עניין קורל תל, פסקה 12; עוד ראו: רע"א 6723/13 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אמבר (17.12.2013)).

34. שונים הם פני הדברים ככל שמדובר בבקשתה של אגד לאפשר לה להגיש הודעת צד שלישי נגד משרד התחבורה. אחד המקרים אשר בהם ניתן לנקוט בהליך של הודעה לצד שלישי הוא המקרה שבו טוען הנתבע נגד הצד השלישי שהוא זכאי להשתתפות או לשיפוי ממנו בשל כל סעד שיפסק נגדו בתובענה (תקנה 216(1) לתקנות סדר הדין האזרחי). הליך מיוחד זה הוא אמנם "נספח" להליך העיקרי (עניין קורל תל, בפסקה 16), אך השאלה המרכזית העומדת להכרעה במסגרתו נוגעת בסופו של יום למערכת היחסים שבין הצד השלישי לנתבע במובן זה שעל בית המשפט להכריע האם עומדת לנתבע (שולח ההודעה לצד שלישי) זכות להשתתפות או לשיפוי – שהיא זכות עצמאית הנתונה לנתבע שלא על דרך של סוברוגציה מזכותו של הניזוק – בגין כל תשלום שבו יחויב כלפי התובע (ראו: עניין חוסיין, בעמ' 580; עוד ראו: עניין קורל תל, בפסקה 12). במילים אחרות, במובן האופרטיבי הסכסוך אשר נדון ומוכרע במסגרת ההודעה לצד שלישי הוא, בעיקרו של דבר, הסכסוך שבין הנתבע (שולח ההודעה לצד שלישי) לצד השלישי, ולא הסכסוך שבין הצד השלישי לתובע. על כן, שלא כבית המשפט המחוזי, אני סבורה כי אף שהאפשרות לתבוע ישירות את משרד התחבורה נחסמה בפני יסעור מכוח ההגנה הדיונית הקבועה בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, אין לשלול מאגד כנתבעת בהליך הייצוגי את הזכות לעתור לקבלת אישור למשלוח הודעת צד שלישי נגד משרד התחבורה על פי תקנה 217 לתקנות סדר הדין האזרחי, וזאת מתוקף זכות ההשתתפות שהיא טוענת לה בנסיבות העניין. הוראת סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובעת כי הסמכות לדון בסכסוך שבין קבוצה מיוצגת לרשות ציבורית נתונה לבית המשפט לעניינים מנהליים אף היא על פי גישתי אינה חוסמת בפני אגד את האפשרות לעתור למשלוח הודעת צד שלישי נגד משרד התחבורה. זאת משום שהוראה זו הקובעת כי "בקשה לאישור נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה ... תוגש לבית משפט לעניינים מנהליים ...", מתייחסת להליך ייצוגי המתנהל בין מבקש האישור ובין הרשות (ולאחר אישור הבקשה - בין התובע המייצג ובין הרשות). היא אינה מתייחסת להליך ייצוגי המתנהל בין מבקש האישור ובין הנתבע פרטי אשר מצדו מבקש לממש בדרך של הודעת צד שלישי את זכות ההשתתפות או השיפוי העומדות לו למקרה שיחויב בדין.

35. כפי שצוין לעיל, מדובר בהליך מיוחד – הודעה לצד שלישי – שהגשתו מתבקשת במסגרת הליך של תובענה ייצוגית שאף היא הליך מיוחד שאינו נפתח "במסירת כתב תביעה והוגש בה כתב הגנה" (תקנה 216 לתקנות סדר הדין האזרחי). על כן כפי שכבר צוין, אין נתונה לשולח ההודעה הרשות לשולחה ועליו להקדים ולבקש אישור לכך על פי תקנה 217 לתקנות סדר הדין האזרחי מבית המשפט הדן בהליך העיקרי. עוד עמדתי לעיל על כך שבעניין קורל תל נקבעו השיקולים אשר מן הראוי כי

ינחו את בית המשפט בבואו להכריע בבקשה למתן אישור כאמור, והוספתי כי שיקולים אלו הם בעיקרם השיקולים האמורים להנחות את בית המשפט גם מקום שבו הוא נדרש להחליט האם לאפשר הגשת הודעה לצד שלישי בהליך ייצוגי נגד רשות ציבורית.

האם במקרה דנן ועל פי שיקולים אלה, יש מקום לאפשר לאגד לשלוח הודעת צד שלישי למשרד התחבורה?

התנאי הראשון אשר על בית המשפט לבחון על פי ההלכה שנפסקה בעניין קורל תל הוא האם הנתבע המבקש לשלוח את ההודעה לצד שלישי "מציג בבקשתו ביסוס ראוי לחבותו של הצד השלישי כלפיו" (שם, בפסקה 34). לצורך התקיימותו של תנאי זה, כך מוסיף בית המשפט וקובע בעניין קורל תל, "אין מקום שבית המשפט ייכנס לעובי הקורה בטענות המועלות בהודעה לצד השלישי, וודאי שאין מקום לעריכת בירור עובדתי בעניין מעבר לכתוב בכתבי הטענות" (שם). על פי אמות מידה אלה וכפי שיפורט להלן, נראה לכאורה כי עלה בידי אגד להציג ביסוס ראוי לחבותו של משרד התחבורה כלפיה.

36. תקנות התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן: תקנות התעבורה) מחייבות מפעיל אוטובוס ציבורי לנהוג בנוסעים "באדיבות ובנימוס" ולפעול "באופן שיש בו כדי להבטיח כי הנוסעים יגיעו למטרתם בנוחות, במהירות ובבטיחות" (תקנה 416). בנוסף על כך קובעות התקנות כי מפעיל אוטובוס ציבורי "לא יתנה לנוסעים כל תנאי בקשר לנסיעה ... זולת תנאים שאושרו בכתב ומראש על ידי הרשות או תנאים שנקבעו בפקודה או בתקנות ..." (תקנה 401). עוד קובעות התקנות כי מפעיל אוטובוס ציבורי יפעל "בצורה המבטיחה נסיעה נוחה ויעילה בהתחשב בצרכי הציבור" (תקנה 399(א)) וכי על נוסע באוטובוס ציבורי נאסר לפעול "בצורה העשויה לגרום נזק או אי נוחות בלתי סבירה לכל נוסע אחר" (תקנה 455(א)); לעניין תחולתה של תקנה זו בענייננו ראו בג"ץ רגן, בפסקה ל"ה). משרד התחבורה הוא האחראי על אכיפתן של הוראות אלו והוא מוסמך ליתן למפעילי אוטובוס ציבורי הוראות בקשר לשירותים הניתנים על ידם ובקשר לאופן פעולתם (תקנה 399(ב)). כמו כן מוסמך משרד התחבורה להתנות מתן רישיון להפעלת אוטובוס ציבורי בתנאים "בקשר לשירות והפעלתו" ולבטל רישיון כאמור במקרה שבעל הרישיון אינו ממלא אחר הוראותיו (תקנות 389 ו-394). יתר על כן, משרד התחבורה מוסמך להגיש כתבי אישום פליליים נגד מי שמפרים את ההוראות שנקבעו בתקנות התעבורה (ראו: סעיף 68 לפקודת התעבורה [נוסח חדש]) והוא אף התחייב במהלך הדיון בבג"ץ רגן להפעיל אמצעי אכיפה אפקטיביים על מנת למנוע הפרדה כפויה בין גברים ונשים בקווי המהדרין (שם, בפסקה ל"ה).

37. למשרד התחבורה נתונות, אפוא, על פי חוק סמכויות פיקוח ואכיפה נרחבות אותן היה באפשרותו להפעיל על מנת למנוע את ההפרדה הכפויה שהתקיימה, לכאורה, בקו המהדרין בתקופה הרלבנטית. בבג"ץ רגן אף נקבע כי לא רק שיש בידי משרד התחבורה הסמכות למנוע את ההפרדה הכפויה בקו המהדרין, מוטלת עליו חובה פוזיטיבית לעשות כן, וכדברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין:

... המדינה אינה יכולה לנער חוצנה ממקרים של נוסעים כופים, או להטיל את האחריות על מפעילי התחבורה הציבורית. חובתה של המדינה היא גם חובה חיובית ... על המדינה לפעול בכל האמצעים העומדים לרשותה - בראש וראשונה בכלים המינהליים המסורים לה לפיקוח על התחבורה הציבורית, אך גם בכלים אחרים (לרבות הדין הפלילי) ככל שיהא בכך צורך - כדי להגן על זכויותיהם החוקתיות של הנוסעים. כך ברמת המדיניות, כך ברמת הפיקוח והאכיפה (שם, בפסקה ל"ב – ההדגשה במקור)

38. האם מילא משרד התחבורה את חובתו למנוע את ההפרדה הכפויה שהתקיימה, לכאורה, בקו המהדרין בתקופה הרלוונטית? ואם לא עשה כן האם יש בכך כדי להטיל עליו חבות כלפי אגד כנטען בבקשה למשלוח הודעת צד שלישי שהגישה?

לטעמי ישנה אפשרות סבירה שכך ייקבע.

כפי שכבר נפסק, במקרה של ריבוי מעוולים "כל אחד מהמעוולים אחראי כלפי הניזוק למלוא הנזק; הניזוק רשאי לתבוע כל אחד מהמעוולים בלי לצרף את האחרים; הניזוק אינו יכול להיפרע יותר מכפי נזקו; ואילו ביחסים הפנימיים בין המעוולים הם זכאים להשתתפות ולשיפוי מלא בינם לבין עצמם" (ע"א 7008/09 ג'אבר עדנאן עבד אל רחים נ' מוסבאח עבד אל קאדר, בפסקה 36 (7.9.2010)). בענייננו, קיים אמנם מחסום דיוני בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות המונע הגשת הליך ייצוגי לבירור חבותו של משרד התחבורה כגורם מפקח כלפי הקבוצה המיוצגת, אך מן הטעמים שפורטו בהרחבה לעיל (ראו פסקאות 20-25), מחסום זה אינו שולל את האפשרות לקבוע במסגרת הודעה לצד שלישי או במסגרת תביעה נפרדת שיש בידי אגד להגיש, כי אגד (כמפעילת קו המהדרין) ומשרד התחבורה (כגורם שאמור היה לפקח על הפעלתו), הנם מעוולים במשותף כלפי הקבוצה המיוצגת ועל כן אין לשלול מאגד את זכות ההשתתפות העומדת לה ביחסים הפנימיים עם משרד התחבורה.

39. לעניין חבותו של משרד התחבורה כמעוול במשותף – כבר נפסק כי רשות המפרה את חובות הזהירות המוטלות עליה בקיום סמכויותיה עלולה לחוב בניזקין כלפי מי שנפגעו כתוצאה מכך, והוא הדין מקום שבו הרשות אינה מפעילה את הסמכויות הנתונות לה אף שחלה עליה חובה לעשות כן (ראו: ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, בפסקאות 16-23 (25.05.2006) (להלן: עניין עיריית חיפה); ע"א 8500/06 חוות צברי אורלי בע"מ נ' מדינת ישראל (27.8.2012) (להלן: עניין חוות צברי)). דברים אלו נכונים שבעתיים מקום שבו הוקנו לרשות סמכויות פיקוח ואכיפה נרחבות כמו אלו שניתנו למשרד התחבורה בענייננו, ובהקשר זה נקבע כי:

מן הראוי שיתקיים יחס ישיר בין רוחב הסמכויות הניתנות לרשות על פי דין לצורך ביצוע תפקידה ובין רמת ההתנהגות הנדרשת ממנה כרשות סבירה בהקשר זה. ובמלים אחרות, ככל שהסמכויות הנתונות לרשות לצורך ביצוע תפקידה רחבות יותר וככל שהכלים שמעמיד הדין לרשותה רבים יותר, כך גבוה יותר סטנדרט ההתנהגות הנדרש ממנה על מנת שתיחשב כמי שפעלה כרשות סבירה (עניין עיריית חיפה, בפסקה 23; עוד ראו: עניין חוות צברי, בפסקה 48).

40. במקרה דנן טוענת אגד כי משרד התחבורה נתן את ברכתו למתכונת הפסולה שבה הופעל, לכאורה, קו המהדרין ולמצער ידע עליה ולא עשה דבר כדי למנעה. מנגד טוען היועץ המשפטי לממשלה כי משרד התחבורה סבר שמתקיימת הפרדה וולונטארית בין גברים ונשים בקווי המהדרין ולא היה מודע לכך שהפעלת הקו כרוכה בהפרדה מגדרית כפויה. ההכרעה במחלוקת זו שבין אגד למשרד התחבורה מצריכה בירור עובדתי שאין לו מקום בשלב זה של הדיון. ככל שיעלה בידי אגד להוכיח כי משרד התחבורה ידע על ההפרדה הכפויה המתקיימת בקו המהדרין ולא מנע אותה נראה כי יהא בכך כדי לבסס כראוי את זכות ההשתתפות שהיא טוענת לה כלפי משרד התחבורה כמעוול במשותף. אך גם אם תתקבל במישור העובדתי טענת היועץ המשפטי לממשלה לפיה משרד התחבורה סבר שההפרדה המגדרית בקו המהדרין היא וולונטארית בלבד ולא ידע על ההפרדה הכפויה המתקיימת בו, דומני כי יש אפשרות סבירה שייקבע כי משרד התחבורה התרשל במילוי תפקידו כמי שאמור לפקח, באמצעות הסמכויות הנרחבות הנתונות לו בחוק ובתקנות, על האופן שבו פועל קו המהדרין (וראו בהקשר זה: בג"ץ רגן, בפסקה כ').

משהגענו למסקנה כי ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי משרד התחבורה נושא, לכאורה, בנסיבות המקרה דנן באחריות נזיקית כמעוול במשותף, יש לקבוע כי עלה בידי אגד לבסס ברמה הנדרשת בשלב זה את חבותו להשתתפות כלפיה. יתר השיקולים

שעל בית המשפט לבחון לצורך מתן אישור להגשת הודעת לצד שלישי על פי ההלכה שנפסקה בעניין קורל תל, תומכים אף הם במסקנה לפיה יש לאשר לאגד להגיש הודעת צד שלישי נגד משרד התחבורה במקרה דנן (שם, בפסקאות 35-37). כך, אין טענה כי אגד מבקשת לעשות שימוש לרעה בהודעה לצד שלישי נגד משרד התחבורה שלא מתוך מטרה כנה להיפרע ממנו. בהיבט העובדתי קיימות נקודות השקה לא מבוטלות בין הסוגיות העומדות לבירור בתובענה הייצוגית ובין אלה המצריכות בירור במסגרת ההודעה לצד שלישי, וכן קיימת חפיפה מסוימת בסוגיות העומדות לבירור בהיבט המשפטי. על כן נראה כי יש מקום לאפשר למשרד התחבורה להיות מעורב בבירור המחלוקות בהליך העיקרי. מכל מקום, ככל שבית המשפט המחוזי יסבור כי הדיון בהודעה יחד עם הדיון בתובענה הייצוגית עלול לסבך את הדיון בתובענה שלא לצורך, רשאי בית המשפט מתוקף תקנה 222 לתקנות סדר הדין האזרחי, מיוזמתו או לפי בקשה של בעל דין, ליתן הוראות בדבר סדרי הדיון בתובענה ובהודעה, כפי שיימצא לנכון.

לא נעלמה מעיני טענת היועץ המשפטי לממשלה לפיה קופחו זכויותיו הדיוניות של משרד התחבורה, כמי שאגד מבקשת להגיש נגדו הודעת צד שלישי, בכך שלא התאפשר לו להתייחס לטענותיה של יסעור בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. אכן, בעניין קורל תל נפסק כי המועד המתאים להגשת בקשה למשלוח הודעת צד שלישי בהליך ייצוגי הוא מועד הגשת התשובה לבקשת האישור (שם, בפסקה 42). בענייננו הגישה אגד את הבקשה למשלוח הודעת צד שלישי לאחר הגשת תשובתה לבקשת האישור. אך אינני סבורה כי יש בכך כדי לשנות מן התוצאה שאליה הגעתי. זאת ראשית בהינתן העובדה שפסק הדין בעניין קורל תל ניתן לאחר הגשת תשובתה של אגד בבקשת האישור ועד אותו מועד שררה אי בהירות בסוגיה זו. שנית, בית המשפט המחוזי הורה ליועץ המשפטי לממשלה להגיב לבקשתה של אגד להגיש הודעת צד שלישי נגד משרד התחבורה, וזאת בטרם הוכרעה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. באותו שלב דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה למשלוח הודעת צד שלישי למשרד התחבורה אך הורה ליועץ המשפטי לממשלה להתייב בהליך הייצוגי. משכך, ניתנה ליועץ המשפטי לממשלה לאמיתו של דבר ההזדמנות להשמיע את עמדתו גם בכל הנוגע לטענות שהעלתה יסעור בבקשה לאישור התובענה הייצוגית.

41. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל אני סבורה כי יש לקבל את בקשת רשות הערעור שהגישה אגד, לדון בה כבערעור ולקבל את הערעור במובן זה שיותר לאגד לשלוח הודעת צד שלישי למשרד התחבורה.

42. בית המשפט המחוזי דחה את בקשות האישור שהגישו המערערים נגד חברות הסלולר (למעט הבקשה נגד סלקום שהתקבלה בחלקה), מבלי שדן בטענתם המרכזית לפיה לא היה מקום לגבות מחברי הקבוצה מע"מ בגין שירותי תקשורת שסופקו להם בחו"ל. אומר כבר עתה כי דעתי שונה ולטעמי יש לקבל את הערעור בעניין חברות הסלולר ולהחזיר את הדיון בבקשות האישור לבית המשפט המחוזי על מנת שיכריע בשאלה האם ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי גביית המע"מ שעליה מלינים המערערים נעשתה שלא כדין.

43. הנימוק המרכזי שעליו ביסס בית המשפט המחוזי את דחיית בקשת האישור היה, בלשונו, כי:

"... אין לאפשר עקיפת ההוראות המיוחדות של חוק תובענות ייצוגיות המתייחסות לרשות, באמצעות תביעת המשיבות בלבד. אדרבא, העמדה החד משמעית של המבקשים ש"ויתרו" על דרישה מאת המדינה ותבעו את חברות הסלולר בלבד היא עמדה נוקשה, ויש לחשוש שנתקבעה לצורך עקיפת ההוראות המיוחדות המיטיבות עם המדינה בחוק תובענות ייצוגיות. אני סבורה כי במקום שבחרו המבקשים לתבוע את חברות הסלולר, ולא מצאו לנכון לתבוע את המדינה; ובמקום שהמדינה חדלה מן הגביה כמשיבה נוספת שנוספה לפי החלטת בית המשפט; ובמקום שכספי הגביה בידי המדינה הם, ולא בידי חברות הסלולר – אין לאפשר למבקשים לעקוף את ההוראות המיטיבות עם המדינה בחוק תובענות ייצוגיות באמצעות תביעת חברות הסלולר" (פסקה 25 לפסק הדין)

ובהמשך הדברים הוסיף בית המשפט המחוזי וקבע כי:

"בנסיבות המיוחדות של ענינו כפי שהובאו לעיל, הודעת החדילה של המדינה היא העיקר, ולאורה אני קובעת כי תובענה ייצוגית כלפי חברות הסלולר אינה הדרך היעילה וההוגנת לדון בעילות שהמדינה חדלה מהן (שירות חו"ל מוזל ושיחות נכנסות בחו"ל). משום כך תידחנה הבקשות בעילות אלו."

44. דעתי, כאמור, שונה. ראשית, שגה בית המשפט המחוזי בצרפו את רשות המיסים כמשיבה לבקשת האישור שהגישו המערערים ולו מן הטעם שעל פי סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות הסמכות העניינית לדון בבקשה לאישור תובענה

ייצוגית נגד רשות ציבורית שהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, נתונה לבית המשפט לעניינים מנהליים. שנית, בהינתן האופי הדיוני של ההגנות המיוחדות שהוקנו לרשות בחוק תובענות ייצוגיות ובכלל זה ההגנה הקבועה בסעיף 9 לחוק לעניין מתן הודעת חדילה, שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי עם מתן הודעת החדילה על ידי הרשות נפרשת ההגנה המיוחדת שבסעיף 9 לחוק גם על חברות הסלולר. למה הדבר דומה? הבה נניח כי מוגשת תביעה נגד שני נתבעים ולאחד מהם עומדת טענה של התיישנות דיונית. ברי כי דחיית התביעה נגד אותו הנתבע מחמת התיישנות אין בה כדי להוליך לדחיית התביעה גם נגד הנתבע הנוסף, ככל שאין בפיו של זה טענה דומה. ממילא אין לקבל את קביעתו הנוספת של בית המשפט המחוזי בהקשר זה לפיה אין מתקיים בענייננו מטעם זה התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות לפיו תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

45. יתרה מכך – ככלל הגנה העומדת לנתבע מסוים מפני תביעה, גם אם היא מהותית, אינה יכולה לחסום תביעות נגד מי שאינו נהנה מאותה הגנה. ולשם המחשה טלו מקרה שבו הוריו של קטין התרשלו וביחד עם אדם נוסף גרמו לקטין נזקי גוף. סעיף 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 מורה כי "הורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין". נניח לצורך הדיון כי מדובר בהגנה מהותית הפוטרת את ההורים מחבותם כלפי הקטין (אף ששאלה זו טרם הוכרעה, ראו: ע"א 587/73 שאולי נ' מזרחי, פ"ד ל(1) 533, 538-539 (1975)). משמעות הדבר היא כי הקטין אינו יכול לתבוע מהוריו פיצויים בגין הנזק שנגרם לו ואם יתבע את המזיק הנוסף וזה ימצא אחראי לנזק כולו או חלקו, לא יוכל אותו מזיק להגיש נגד ההורים תביעת השתתפות. ואולם, ברור כי ההגנה המהותית העומדת להורים אינה חוסמת את תביעתו של הקטין נגד המזיק הנוסף. ובענייננו, אפילו סברתי שההגנות בחוק תובענות ייצוגיות (ובכללן ההגנה הקבועה בסעיף 9 לחוק), הן הגנות מהותיות ואינן סבורה כך, היה בכך כדי לשלול מחברות הסלולר את הזכות לדרוש מרשות המיסים לשפותן על השבת המע"מ (ככל שזה נגבה על ידן שלא כדין) לאחר שהרשות נתנה הודעת חדילה. ואולם, הודעת החדילה לא הייתה מונעת מהמערערים לתבוע מחברות הסלולר השבה של המע"מ שנגבה על ידן בגין אותם שירותים.

46. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי גם אם גביית המע"מ שעליה מלינים המערערים לא הייתה כדין, אין באפשרותם לתבוע מחברות הסלולר השבה של המע"מ אותו שילמו מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט וזאת משום שלא מתקיימים במקרה דנן התנאים שנקבעו לעניין זה בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. אכן, על מנת

לבסס עילת השבה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט יש להוכיח קיומם של שלושה תנאים מצטברים ואלו הם: התעשרות, שלא על פי זכות שבדין, שבאה מאדם אחר (ראו: עניין קו מחשבה, בפסקה 15; עוד ראו: דנ"א 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (17.7.2011) בפסקה 34 לחוות דעת של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (להלן: עניין בייזמן)). בית המשפט המחוזי קבע כי גם אם גביית המע"מ שעליה מלינים המערערים לא הייתה חוקית, אין אפשרות סבירה שייקבע כי מתקיימים בענייננו התנאי הראשון קרי - ההתעשרות, או השני קרי - שלא על פי זכות שבדין.

בכל הנוגע לתנאי הראשון קבע בית המשפט המחוזי כי הוא אינו מתקיים מפני שחברות הסלולר העבירו את כל המע"מ שגבו לרשות המיסים. בכך לגישתי שגה בית המשפט המחוזי. סעיף 2 לחוק המע"מ מורה כי החבות במע"מ מוטלת על עסקה וסעיף 16 לחוק מורה כי החייב במע"מ במכר הוא המוכר ובמתן שירות נותן השירות ובענייננו – חברות הסלולר (וראו גם הגדרת המושג "חייב במס" שבסעיף 1 לחוק). סעיף 6 לחוק מאפשר לעוסק "לדרוש מהקונה שישלם לו את סכום המס או את סכום המס הנוסף שנתחייב בו העוסק, זולת אם נקבע אחרת בהסכם או בכל דין הדן בפיקוח על המחירים". משמע, חוק מע"מ מאפשר לעוסק לגבות מהקונה את סכום המס המוטל עליו ולפרוע באמצעותו את חובו במס בגין העסקה. מהלך זה יש בו משום התעשרות של העוסק, שהדין מאפשר אותה ברמה העקרונית, ואחת היא לעניין קיומה של ההתעשרות אם הסכום שנגבה נותר בידי העוסק או שהוא פורע באמצעותו את חובו לרשויות המס. מכאן סלולה הדרך אל המסקנה כי מקום שבו גבייה כאמור נעשתה שלא כדין, העובדה כי העוסק פרע באמצעותה את חוב המס המוטל עליו בגין העסקה, עשויה לקום כנגדו עילה להשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. עמדו על כך המלומדים פרידמן ושפירא בר אור בספרם על דיני עשיית עושר בציננים כי:

מבחן ההתעשרות מעורר שאלה האם נדרש קיום התעשרות ביום ביצוע הפעולה, שעליה מושתתים היסודות האחרים של התביעה בעשיית עושר, או שמא נדרש שההתעשרות תישאר בידי הנתבע ביום הגשת התביעה או לפחות במועד שבו הנתבע נדרש לראשונה להשיב. במילים אחרות, האם מדובר בהתעשרות כפי שהגיע לידי הנתבע או בהתעשרות שנותרה בידיו? בעינינו התשובה היא שעקרונית די בכך שההתעשרות הגיע לידי הנתבע במועד כלשהו, על מנת שיתקיים יסוד זה מיסודות התביעה. אולם העובדה שההתעשרות או טובת ההנאה לא נותרה בידיו עשויה לאפשר לו, בהתמלא שאר התנאים הדרושים, להסתמך על ההגנה

של שינוי מצב לרעה (סעיף 2 לחוק עשיית עושר). (שם, בעמ' 109).

גישה זו הגיונה עמה שכן אין כל הצדקה לפטור מהשבה אדם שנוטל שלא כדין סכום כסף מ- א' ופורע באמצעותו את חובותיו ל- ב'. במקרה דנן השתמשו חברות הסלולר בכספים שגבו מלקוחותיהם על מנת לפרוע את חובם לרשות המיסים והתעשרו כתוצאה מכך. ככל שהכספים נגבו על ידן שלא כדין, העובדה שבמועד הגשת התביעה כבר הועברו הכספים לרשות המיסים ולא היו בחזקת חברות הסלולר, היא לבדה אין בה כדי לשלול על כן את זכותם של הלקוחות לתבוע מידיהן השבה.

47. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי התנאי השני הקבוע בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט לפיו נדרש כי ההתעשרות תהיה "שלא על פי זכות שבדין", אף הוא אינו מתקיים במקרה דנן מאחר שחברות הסלולר (למעט בכל הנוגע למשלוח מסרונים מחו"ל על ידי לקוחות סלקום), פעלו בהתאם להנחיות רשות המיסים. גם בעניין זה דעתי שונה. השאלה הרלבנטית היחידה בכל הנוגע להתקיימותו של התנאי האמור היא האם הגבייה שעליה מלין התובע נעשתה על פי זכות שבדין אם לאו (ראו: עניין הצלחה, בפסקה 34). לכן, גם נתבע אשר נטל כסף בהתאם להנחיותיה של רשות מוסמכת אך בניגוד לדין ייחשב כמי שהתעשר "שלא על פי זכות שבדין". זאת משום שהנחיותיה של הרשות אין בהן כדי להקים לו "זכות שבדין" אם הדין קובע אחרת.

48. האם העובדה שחברות הסלולר העבירו את כל הסכומים שגבו מן הלקוחות לרשות המיסים מצדיקה מתן פטור מהשבה מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט? בית המשפט המחוזי סבר כי גם אם מתקיימים התנאים המקנים ללקוחות עילת השבה על פי סעיף 1 לחוק, יש לפטור את חברות הסלולר מהשבה בנסיבות העניין משיקולי צדק.

הוראת הפטור בסעיף 2 לחוק עשיית עושר נועדה "לתת בידי בית המשפט כלים לעשות צדק יחסי בין הצדדים מקום שחיובו של הנתבע בהשבה ... עלול לגרום לו עוול גדול מזה שייגרם לתובע אם יופטר מהשבה מלאה או חלקית. מטרתה להביא לתוצאה צודקת במישור היחסים בין הצדדים בצד הסתכלות חברתית כוללת המבקשת ליישם נורמה מוסרית שעל פיה לא יצא חוטא נשכר." (ע"א 5393/03 פרג' נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, 364 (2005)). עוד נפסק כי הפעלתה של סמכות זו תיעשה במקרים מיוחדים וחריגים שבהם חיובו של נתבע בהשבה יביא לתוצאה קשה ובלתי צודקת (ע"א 9631/05 ארד נ' מדינת ישראל, בפסקה 56 (16.12.2010); ראו גם: עניין בייזמן, בפסקה 45 לחוות דעת של השופטת נאור).

האם במקרה דנן חיובן של חברות הסלולר בהשבה יביא לתוצאה קשה ובלתי צודקת? בשונה מבית המשפט המחוזי דומני כי יש להשיב על כך בשלילה. רשות המיסים לא חלקה על כך שחברות הסלולר העבירו לידיה את סכומי המע"מ בגין העסקאות שבמחלוקת. על כן, נראה על פני הדברים כי ככל שחברות הסלולר תחויבנה להשיב ללקוחות את המע"מ שגבו מידיהם, תעמוד להן תביעת שיפוי נגד רשות המיסים בגין כל סכום שבו יחויבו כאמור (וראו והשוו: פרידמן ושפירא בר אור דיני עשיית עושר בעמ' 693-694). מנגד, אם ייקבע כי הגבייה שעליה מלינים המערערים הייתה שלא כדין וחברות הסלולר יופטרו מהשבה, משמעות הדבר היא שהקבוצה המיוצגת לא תזכה בהשבה של כספים שנגבו ממנה שלא כדין. תוצאה כזו היא בירור צודקת פחות. העובדה כי חיובן של חברות הסלולר בהשבה יכביד עליהן, בין היתר, בשל העלויות הכרוכות בניהול ההליך הייצוגי אין בה כדי להצדיק מתן פטור מהשבה בנסיבות המקרה דנן ובהקשר זה יש לזכור, כעולה מסיכומיהן של חברות הסלולר, כי שלושתן סברו בזמן אמת שמדיניותה של רשות המיסים בנוגע להטלת מע"מ על עסקאות למתן שירותי תקשורת בחו"ל היא שגויה ואף על פי כן המשיכו "לגלגל" את חיובי המע"מ שהשיתה עליהם הרשות בגין שירותים אלה אל כתפי הקבוצה המיוצגת (ראו: סעיף 5 לסיכומיה של סלקום; סעיף 1 לסיכומי פרטנר; וסעיף 20 לסיכומיה של פלאפון). בהתנהלותן זו נטלו חברות הסלולר סיכון כי הן עשויות להידרש להשבת המע"מ שגבו אם יתברר במועד מאוחר יותר שהגבייה לא הייתה כדין. לפיכך, ככל שייקבע כי גביית המע"מ שעליה מלינים המערערים לא הייתה כדין, איני רואה הצדקה לפטור את חברות הסלולר מהשבה.

49. לבסוף יש להתייחס לקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה המערערים נעדרו עילת תביעה אישית. ככל שהדבר נוגע לרזניק קבע בית המשפט המחוזי כי הוא נעדר עילת תביעה אישית נגד פלאפון מאחר ששירותי התקשורת שבגינם נגבה ממנו מע"מ סופקו לו במסגרת חבילת תקשורת אותה רכש בארץ טרם נסיעתו לחו"ל. לפיכך, קבע בית המשפט המחוזי כי העסקה שבה התקשר רזניק עם פלאפון היא עסקה לרכישת נכס ולא עסקה למתן שירות בחו"ל כאמור בסעיף 30(א)(7) לחוק המע"מ. בית המשפט קיבל בהקשר זה את טענת רשות המיסים לפיה עסקה לרכישת שירותים שיינתנו בעתיד אינה עסקה למתן שירותים, אלא עסקה לרכישת זכות לקבלת שירותים בעתיד, ומכאן שמדובר בעסקה לרכישת "נכס", כהגדרתו של מונח זה בחוק המע"מ; ובלשון בית המשפט המחוזי:

תיתכן מכירה בהווה של שירות שינתן בעתיד, יתכן לראות בכך משום מכירת נכס לעומת עצם מתן השרות. המכר בהווה הוא של נכס ערטילאי, שהוא הזכות לקבלת שירות, ואילו השירות שיתקבל בעתיד הוא בבחינת שירות. הואיל והמכר היה בהווה, של הזכות לשירות בעתיד – אין מדובר בשירות בחו"ל שחל עליו מע"מ בשיעור אפס.

דעתי שונה.

הלכה מושרשת היא כי סיווגה של עסקה לצרכי מס ייעשה על פי מהותה הכלכלית האמיתית ולא על פי מאפיינים לא מהותיים אשר לנישומים שליטה עליהם (ראו: ע"א 6722/99 מנהל מס ערך מוסף תל-אביב נ' משכנות כלל מגדלי הים התיכון בע"מ, נח (3) 341, 347 (2004); ע"א 9312/03 כבישי כרמל - ישובי חוף הכרמל בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, בפסקה 9 (8.9.2005); ע"א 8863/07 ב.מ.כפרים דדו בע"מ נ' מנהל מע"מ חיפה, בפסקה 9 (28.3.2010); ע"א 3678/13 פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניה בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פסקה 32 (16.9.2014)). על כן, נראה לי כי העובדה שהתשלום עבור השירות בוצע קודם שהשירות ניתן בפועל אינה מהותית ואינה מכרעת לצורך סיווג העסקה. גישה אחרת עלולה ליצור חוסר וודאות לגבי סיווגן של עסקאות ולפתוח פתח להתחמקות מתשלום מס אמת בדרך של הצגת עסקה שהיא במהותה עסקה למתן שירות כעסקה לרכישת נכס שהוא זכות ערטילאית. להשקפתי העסקה שעשה רזניק ולפיה רכש מפלאפון חבילה למתן שירותי תקשורת בחו"ל, שונה במהותה מן העסקאות אשר נדונו בפסקי הדין בע"א 9303/03 מוסל נ' מנהל מס ערך מוסף פתח תקוה, פ"ד נט (2) 952 (2004) (להלן: עניין מוסל), ובע"א 418/86 רוזין נ' מנהל המכס ומס ערך מוסף תל-אביב, פ"ד מג (1) 837 (1989) (להלן: עניין רוזין), אליהם הפנה בית המשפט המחוזי. באותם פסקי דין דובר בעסקאות אשר סווגו כעסקאות לרכישת נכס הואיל והעסקה התייחסה לשכר ששולם בעבור ייצוג למימוש זכות ערטילאית לקבלת פיצויים (עניין רוזין) או הזכות להתגונן (עניין מוסל), מה שאין כן בענייננו.

50. בעניינה של קינן קבע בית המשפט המחוזי כי אין לה עילת תביעה אישית נגד פרטנר משום שבעדותה התברר כי היא ניכתה את הוצאות הטלפון הנייד מהכנסתה החייבת ומשכך לא נגרם לה נזק. קינן אמנם אמרה בעדותה שהיא מניחה כי ביקשה להכיר בהוצאות הטלפון הנייד לצרכי מס וכי העבירה את הטיפול בעניין זה לרואה חשבון (ראו: עמ' 26 לפרוטוקול הדיון מיום 4.12.2012) והיא הוסיפה וציינה בעדותה כי היא "יודעת שהמע"מ קוזז באופן חלקי" (שם, בעמ' 30). אולם, אינני סבורה כי סוגיה עובדתית זו נתבררה ונתלבנה כל צרכה בשלב בקשת האישור עד כי מתחייבת כבר עתה

המסקנה החד משמעית שלא נגרם לקינן נזק וכי היא נעדרת על כן עילת תביעה אישית. בהקשר זה יש לזכור כי רק מע"מ ששולם בגין הוצאות לצרכי עסק ניתן לניכוי כמס תשומות (ראו: הגדרת המונח "מס תשומות" בסעיף 1 לחוק המע"מ) ובהחלט ייתכן כי יתברר בהמשך ההליך שאותו חלק של המע"מ שלפי עדותה של קינן לא קוּזז, מתייחס להוצאות הטלפון הנייד שלה בחו"ל. מכל מקום, סוגיה זו טעונה בירור וליכון שטרם מוצו.

אשר לקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה קינן אינה יכולה לייצג תובעים ששילמו מע"מ בגין משלוח מסרונים מחו"ל מאחר שהיא עצמה לא צרכה שירות זה. כבר נפסק כי תובע ייצוגי רשאי לייצג את מי שתביעתם מעוררת את אותן השאלות המהותיות המתעוררות בתביעתו האישית, גם אם תביעתו אינה זהה בכל רכיב מרכיביה לתביעתם. כך, למשל, נפסק כי מי שתובע חברה שהטעתה את לקוחותיה לחשוב כי מוצריה כשרים לפסח רשאי לייצג תובעים שרכשו מוצרים שונים מזה שרכש התובע, אם אותם תובעים הוטעו על ידי החברה באותו האופן שבו הוטעה הוא (ראו: ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, בפסקה 102(ג) (4.9.2014)). עוד נפסק כי נישום שתובע השבה של ארנונה ששולמה על ידו בשנה מסוימת רשאי לייצג נישומים שעילת התביעה שלהם נוצרה בשנים אחרות (ראו: בר"מ 6085/16 עיריית חיפה נ' בכובד ראש בע"מ, בפסקה 7 (27.11.2016)). במקרה דנן מלינה קינן על מע"מ שנגבה ממנה בגין שירותי תקשורת שסיפקה לה פרטנר בחו"ל ועילת התביעה שלה זהה מבחינה מהותית לעילת התביעה של כל שאר הלקוחות מהם גבתה פרטנר מע"מ בגין שירותי תקשורת בחו"ל, הגם שמדובר בשירותים שונים מאלה שאותם צרכה קינן. לפיכך שגה בית המשפט המחוזי בפוסלו את קינן מלייצג לקוחות שפרטנר גבתה מהם מע"מ בגין משלוח מסרונים מחו"ל.

51. בעניין ברנר קבע בית המשפט קמא כי היא אינה יכולה לנהל נגד סלקום תובענה ייצוגית להשבת מע"מ שנגבה ממנה בגין שירותי call back שסופקו לה בחו"ל מן הטעם ששירותים אלו נכללו בהודעת החדילה שהגישה רשות המיסים. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי אף שברנר שילמה מע"מ בגין שירותי call back ומשלוח מסרונים בחו"ל, אין לאפשר לה לייצג תובעים ששילמו מע"מ בגין שירותי אינטרנט בחו"ל מאחר שהיא עצמה לא צרכה את השירותים הללו. קביעות אלה מצדיקות התערבות משהגעתי אל המסקנה כי הודעת החדילה שניתנה על ידי רשות המיסים אין בה כדי לחסום את ההליך הייצוגי נגד חברות הסלולר, וכן בהינתן מסקנתי לעניין קינן באשר למבחן שאותו יש ליישם לעניין סוגיית הייצוג בגין שירותים דומים.

52. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל אציע לחבריי לקבל את בקשת רשות הערעור שהגישה אגד ולדון בה כאילו הוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. עוד אציע לקבל את הערעור במובן זה שיתאפשר לאגד לשלוח הודעת צד שלישי למשרד התחבורה. אשר לערעור בעניין חברות הסלולר, אציע לקבל את הערעור במובן זה שהחלטתו של בית המשפט המחוזי לדחות את בקשות האישור נגד פלאפון ופרטנר ולדחות באופן חלקי את בקשת האישור נגד סלקום תתבטל (על ההחלטה לקבל באופן חלקי את בקשת האישור נגד סלקום לא הוגשה בקשת רשות ערעור ועל כן היא עומדת בעינה), והדיון יוחזר אל בית המשפט המחוזי על מנת שיכריע בשאלה האם ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי חברות הסלולר גבו שלא כדין מע"מ בגין שירותי תקשורת שסופקו על ידן בחו"ל.

לבסוף אציע כי משרד התחבורה ישלם לאגד הוצאות ושכר טרחת עורך דין בבקשת רשות הערעור בסך 30,000 ש"ח ואגד תשלם ליסעור הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסך 30,000 ש"ח. באשר לערעור בעניין חברות הסלולר אציע כי כל אחת מחברות הסלולר וכן רשות המיסים ישלמו למערערים הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסך 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ברק-ארז:

1. פסק דינה המקיף והיסודי של חברתי השופטת א' חיות נדרש ליחסי הגומלין בין המגבלות המיוחדות החלות על תובענות ייצוגיות נגד רשויות לבין האפשרות להגיש תובענות מסוג זה נגד גורמים פרטיים, אשר עשויות בתורן להוביל לחיוב של הרשות חרף אותן מגבלות. לאחר שבחנתי את הדברים אני מסכימה למסקנותיה של חברתי, ועל כן אסתפק במספר הערות הנוגעות להיבטים העקרוניים של הדברים, בעיקר מבחינת השלכותיה של הכרעתנו על התמריצים הראויים לפעילותם של הגורמים המערערים.

2. נקודת המוצא לדיון כולו נמצאת בקביעה כי המגבלות החלות על הגשתן של תובענות ייצוגיות נגד רשויות הן מגבלות דיוניות בלבד. מסקנה זו נובעת, בראש ובראשונה, מפרשנות הוראות החוק, כפי שפירטה בהרחבה חברתי. בנוסף, אני סבורה

כי מסקנה זו אף נתמכת מתפיסה עקרונית יותר בדבר הגישה המצמצמת להגנות שלהן זוכה המדינה במסגרת דיני הנזיקין. נקודת המוצא של המשפט הישראלי בתחום זה, כמו של שיטות משפט מודרניות רבות אחרות, מצדדת באחריות המדינה, בכפוף לחריגים, ולא בכלל של חסינות. עם חקיקתו של חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 בוטל העיקרון הכללי של חסינות המדינה בנזיקין, והשופט א' ברק (כתוארו אז) כבר העיר על כך שהייתה זו "שעתו היפה של המשפט הישראלי" (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 135 (1985)).

3. אולם, קבלתה של הנחת יסוד זו עדיין אינה פוטרת מלבחון בנפרד את היישום המתבקש שלה בשני ההליכים שבפנינו – אשר בצד המכנה המשותף שהם חולקים מעוררים גם שאלות מובחנות. לאחר שנתתי דעתי לדברים אני סבורה כי המקרה של הגשת תובענה ייצוגית נגד עוסק בטענה של גביית מע"מ שלא כדין הוא מורכב יותר. לכאורה, מדובר בשאלה הדומה לזו שמתעוררת במקרה של קווי מהדרין, אך למעשה יש בין שני ההליכים גם נקודות שוני, כפי שאסביר.

4. במקרה של קווי מהדרין, הגשת התביעה נגד אגד, ספקית השירות אשר מפעילה את הקווים ועל-פי הנטען יוצאת נשכרת ממחירים מפלים היא טבעית ומתבקשת. הטענות המועלות בתביעה זו כלפי המדינה מתמקדות בהיותה "שחקן משני" שלו תפקיד מפקח, ולכן יש היגיון רב בצירופה כצד שלישי בלבד ולא כנתבעת ישירה. לעומת זאת, במקרה של חברות הטלפון הסלולארי, גביית המע"מ השנויה במחלוקת נעשתה על-פי דרישתה ומדיניותה של המדינה. במובן זה, מעורבותה בהליכים המשפטיים רק ב"קו שני", כצד שלישי, ולא כמי שנתבעת ב"חזית" הראשונה, אינה טריוויאלית.

5. נוכח האמור, התעוררה אצלי השאלה האם התובענה הייצוגית המוגשת במקרים מסוג זה נגד העוסק – ולא נגד המדינה – היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע בסכסוך. לכאורה, ניתן היה לסבור כי הדרך היעילה וההוגנת להכריע בשאלה של גביית מע"מ ביתר על-פי הנחייתה המפורשת של רשות המסים היא באמצעות ניהול הליך נגד רשות המסים עצמה. הליך כזה צפוי לאפשר דיון ממצה בעמדת הרשות באשר לגביית המס בהליך אחד לטובת כלל הצרכנים. טלו דוגמא שבה תובע ייצוגי מעוניין לתבוע בגין גביית מע"מ שלא כדין על מוצר אשר נרכש במכולות ורשתות שיווק. האם תובענה ייצוגית נגד מספר חנויות תהיה הדרך היעילה לברר את המחלוקת שבין הצדדים או שמא תהיה תועלת רבה יותר מהגשת תובענה ייצוגית נגד רשות המסים?

6. כמו כן, הטרידה אותי ההבחנה שיוצרת תוצאת פסק דינו בין גבייה ביתר של תשלומי חובה אחרים, בעיקר מסים ישירים, לבין גבייה ביתר של מע"מ, שהוא כידוע מס עקיף. האפשרות לתבוע גורם פרטי, שבאמצעותו מבוצע תשלום המס, לא קיימת בהקשרם של תשלומי חובה ישירים, ולכן במקרים אלה התובע הייצוגי יהיה כפוף בהכרח להגנות הדיוניות הניתנות לרשויות בתובענות ייצוגיות, וביניהן הודעת החדילה. לכאורה, הבחנה זו מעוררת קושי במובן זה שהיא יוצרת תמריצים שונים לשימוש בתובענות הייצוגיות לקידום התכלית של גביית מס אמת בהקשרם של תשלומי חובה שונים.

7. למרות זאת, בסופו של דבר הגעתי לכלל מסקנה כי אין מקום לשלילת האפשרות לאישור בקשה לתובענה ייצוגית שהוגשה נגד עוסק בגין גבייה של מס ערך מוסף ביתר, והכול בכפוף לשיקול דעתו של בית משפט לפי נסיבותיו של כל מקרה.

8. בעיקרו של דבר, הגם שמבחינת השיקול של שלטון החוק בגביית מסים אין הבחנה בין מע"מ לבין מסים אחרים, הרי שמבחינות אחרות קיימת הבחנה שהיא רלוונטית. עיון בחקיקה מעלה כי בהקשרו של חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: חוק מס ערך מוסף) בין הצרכן לבין העוסק קיימת יריבות ישירה. המחוקק בחר להטיל את החיוב במס על העוסק (סעיף 16 לחוק מס ערך מוסף) ורק התיר לו לגלגל את המס אל הצרכן הסופי אשר יישא בו בפועל (סעיף 6 לחוק מס ערך מוסף). הדברים עולים גם מנוסחו של סעיף 6(2) לחוק מסים עקיפים (מס ששולם ביתר או בחסר), התשכ"ח-1968 (ראו גם: ע"א 180/99 מנהל מס קנייה נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נז(3) 625 (2003)). כלומר, על אף שבעולם המעשה מי שנושא במס העקיף הוא הצרכן הסופי, החבות לתשלום המס היא של העוסק אשר רשאי לבחור האם לגלגל את המס ממנו והלאה אל הצרכן הסופי (להרחבה, ראו: אהרון נמדר דיני מסים (מסים עקיפים) 145-146 (1994)). על כך יש להוסיף, כי החשיפה הישירה של העוסק יוצרת תמריץ ראוי מבחינתו "להציף" טענות שעניינן חיוב במע"מ, להבדיל מעידוד גישה אדישה המבוססת על גלגולו של המס לצרכן. להשלמת התמונה אבהיר, כי חרף מנגנון זה, אף רשות המסים אינה חולקת על כך שבמקרים מתאימים תהיה היא הנתבעת המתאימה שנגדה יש להגיש את תביעת ההשבה, כפי שלמעשה טענה אף בפנינו.

9. על כך יש להוסיף שהכרעתנו אינה שוללת כי ייתכנו מקרים שבהם הגשת תובענות ייצוגיות נגד עוסקים (למשל, במקרה של ריבוי עוסקים) – מבלי שהרשות נתבעת גם היא – לא תהיה הדרך ההוגנת והיעילה לברר את הסוגיה. אולם, איני סבורה כי זהו המקרה שבפנינו. בענייננו, משמדובר במס שנגבה על-ידי מספר מצומצם של

חברות במשק, אין כל מניעה כי התביעה כנגדן תתברר במרוכז וכי המדינה תצורף כצד שלישי.

10. במבט רחב יותר, דומה שהמקרה שבפנינו מעלה שאלות כלליות בתחום סדר הדין האזרחי בכלל ובדיני התביעות הייצוגיות בפרט – באשר לחופש הבחירה של תובע בנתבעים הרצויים לו. ברגיל, התשובה היא ברורה – לתובע יש חירות לבחור את הנתבע הרצוי לו משיקוליו (ראו והשוו: רע"א 6723/13 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אמבר (17.12.2013); רע"א 5861/15 עיריית תל אביב-יפו נ' שומוביץ, פסקה 28 (26.1.2016); זוסמן סדרי הדין האזרחי 198 (מהדורה שביעית, 1995); שרון חנס ויששכר (איסי) רוזן צבי תביעה ביוזמת הנתבע עיוני משפט מ 173 (2017)). האם בתובענה ייצוגית הכלל צריך להיות שונה? התשובה שלילית. גם בהליך של תובענה ייצוגית התובע הוא בן חורין לבחור את הנתבעים הרצויים לו משיקוליו שלו. כל זאת, בכפוף לכך, שכאמור לעיל, אפשר שיהיו מצבים שבהם בחירה זו תוביל למסקנה כי התובענה כפי שהוגשה אינה הדרך היעילה וההוגנת להתדיינות.

11. על כן, בסיכומי של דבר, אני מצטרפת אפוא לפסק דינה של חברתי השופטת חיות על כל חלקיו.

ש ו פ ט ת

השופט י' דנציגר:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות על הנמקותיה.

ש ו פ ט

השופט (בדימ') צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט (בדימ')

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

א. קראתי את חוות דעתה המעמיקה של חברתי השופטת חיות, ואני שותף לאחר העיון ולא מעט התלבטות לעמדתה הבסיסית ולהלכה העולה מחוות דעתה, לפיה ההגנות השונות המוקנות למדינה מכוח חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן חוק תובענות ייצוגיות או החוק) הן דיוניות, ומכאן שבידי הנתבע להגיש נגד המדינה תביעת השתתפות או שיפוי, גם על דרך של הודעת צד ג' במסגרת התובענה הייצוגית. כפי שאראה בהמשך, מסכים אני גם עם מסקנותיה הקונקרטיות של חברתי בעניין שתי התובענות שלפנינו, אם כי, לעניין אגד, אבקש לסייג במעט את האפשרות לחייב את המדינה כרגולטור המצורף כצד ג' לתובענה העיקרית, בגין הנזקים שנגרמו כנטען ישירות על-ידי אגד כגוף המפוקח. אסביר את עמדתי בקצרה.

ב. כפי שציננה חברתי, חוק תובענות ייצוגיות ביקש לצמצם את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית נגד המדינה, וזאת על-ידי הענקת הגנות שונות הקבועות בחוק. כאמור, מצטרף אני בסופו של יום בהסכמה לעמדת חברתי לפיה הגנות אלה דיוניות במהותן, ואין ללמוד מהן כי המדינה חסינה מהותית בכל הליך משפטי אגב התובענה הייצוגית. לא אכחד כי מעיקרא התלבטתי כאמור ונתתי ביטוי לכך בעת הדיון, שכן סברתי שמא עסקינן בהגנות מהותיות העומדות למדינה, מתוך הנחה אפשרית (שהיגיון משפטי מסוים לצדה), שאם אינך יכול להגיש תובענה נגד המדינה בדרך המלך ובדלת, הכיצד תגיש אותה בהודעות צד ג' בסימטה ודרך החלון. ואולם, השתכנעתי בשקלול כי עסקינן בהגנות דיוניות, ויש טעם באפשרות להגשת תובענת צד ג' נגד המדינה, ולאפשר בירור ממצה של הנושא. לטעמי הטעם העיקרי לכך הוא הגינות, במובנה הבסיסי; במצב עניינים בו פלוני תובע את אלמוני במסגרת תובענה ייצוגית, ואלמוני טוען – נניח לשם הדוגמה כי הוא טוען זאת באופן מוצדק – שהמדינה אחראית למעשיו באופן שיש לחייבה באופן מלא בנזק שגרם אלמוני לפלוני, או כי יש לקבוע שהמדינה אחראית עמו יחד ולחוד בנזק שנגרם לפלוני, הענקת חסינות למדינה מפני הודעת צד ג' או תביעות שיפוי תוביל לכך שאלמוני נותר לשאת בתוצאות התביעה לבדו, אף כי המדינה הייתה זו שאחראית לפעולותיו, או אחראית באופן חלקי; לטעמי, מסקנה זו אינה מתיישבת עם חובתה המוגברת של המדינה לנהוג בהגינות, במובן זה שאם אחראית היא למעשיו של אלמוני, או מפקחת היא על אלמוני ובירודעין לא מנעה ממנו נקיטת פעולה שאינה כדין, עליה לשאת לכאורה בהשלכות הכלכליות הנובעות מכך; הכל לאחר שנקבעו עובדות מוצקות בעניין זה בבית המשפט הדן.

בנוסף לכך, יש גם טעם מעשי להבחנה בין ההגנה הדיונית המוקנית למדינה מפורשות בחוק לבין ההגנה המהותית המתבקשת בענייננו, הנובע מן הפער הכלכלי המובנה בין הנזק שנגרם לפלוני התובע את אלמוני במסגרת תובענה ייצוגית, לבין גובה התשלום בו יחויב אלמוני באותו מקרה; מוסד התובענה הייצוגית מושתת על נזק שהוא לרוב נמוך מעלות ניהול הליך פרטני, ומכאן הדרך הייצוגית (ראו דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 הצעות חוק – הממשלה 234 256 (כ"ו בטבת התשס"ו, 26.1.06); בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פסקה 3 (2011); עע"מ 2978/13 מי הגליל – תאגיד הביוב האזורי בע"מ נ' יוסף אחמד יונס, פסקה י"ז (2015)). מכאן, דומה שסבר המחוקק, כי בהינתן השיקולים השונים המבכרים הענקה חסינות לגורמי המדינה – בראש וראשונה, הגנה על הקופה הציבורית – לא ייגרם נזק משמעותי לפרט התובע אם תינתן למדינה הגנה במסגרת ניהולה של תובענה ייצוגית נגדה ישירות, וכי ניתן להסתפק בתיקון אופן פעולתה של המדינה במבט צופה פני עתיד (ראו דבריו של חה"כ ר' חן, מציע החוק, בפני מליאת הכנסת בהצבעה על ההצעה בקריאה שלישית (פרוטוקול הכנסת מיום 1.3.06, בעמ' 62-63)). ואולם, כאשר מדובר בכיסוי הוצאותיו של אלמוני הנתבע במסגרת תובענה ייצוגית, לא ניתן להתעלם מכך שמדובר בסכומים גבוהים, ואף גבוהים מאוד, ומתן חסינות למדינה בכגון דא עלול להתיר את אלמוני בחסרון כיס לא מבוטל. דומה כי גם בכך יש כדי לתמוך בטענה שאין להעניק חסינות מהותית למדינה במקרים מעין אלה. הדברים נאמרים כמובן על דרך הכלל, ומתוך הצורך בבדיקה פרטנית מדוקדקת בכל מקרה, כדי שלא תיתפס המדינה כ"כיס עמוק" אולטימטיבי (וראו פסקה ה' להלן).

ג. בנוסף לכך, דומה כי קביעה לפיה הגנות המדינה במסגרת תובענה ייצוגית עומדות לה באופן דיוני בלבד, עולה "אידאולוגית" בקנה אחד עם התפישה הבסיסית, בשיטת משפטנו ובמשפט המקובל בכלל, לפיה "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מאוגד" (סעיף 2 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952); וראו המקבילה האמריקאית, לפיה "The United States shall be liable, respecting the provisions of this title relating to tort claims, in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances... (Section 2674 of the Federal Tort Claim Act in the United States (28 U.S Code) (hereinafter: FTCA)". זוכה המדינה במשפט האזרחי להגנות רבות אשר האדם הפרטי אינו זוכה להן (וראו למשל סעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים; ובמשפט האמריקאי – FTCA, S. 2680(h); ראו גם י' גלעד דיני הנזיקין – גבולות האחריות 1031-1032 (תשע"ב-2012) (להלן גלעד)); אולם הכלל שהתגבש, אמנם לא מעיקרא, הוא מעמד שיוני למדינה ולפרט בכגון דא תוך שההגנות

הן החריג, ולכן מגמת הפסיקה היא לפרש את ההגנות הסטטוטוריות השונות המוענקות לרשות בצמצום (גלעד, בעמ' 1032). בענייננו, המחוקק לא נדרש לסוגיה הרלבנטית של הודעות צד ג' אלא ל"הגנות הישירות" בלבד, ולא קבע את ההגנות שמבקשת המדינה לקבל כעת; מכאן, נוכח העיקרון של "השוואת המעמד" האמור בין המדינה לפרטים, נראה כי אין מקום לפרש בהרחבה את ההגנות המוקנות למדינה בחוק כך שאלה יחולו עליה במצבים שאינם מצוינים מפורשות בחוק. עם זאת זכויותיה הדיוניות בכל הליך קונקרטי צריכות להישמר, וראו גם פסקה 40 של חברתי וכן שיקול הדעת הנתון לבית המשפט בתובענות ייצוגיות בכלל.

ד. אשר לתובענה הייצוגית נגד אגד, סבורני, כדעת חברתי, כי אין ניתן לקבל את טענת אגד שזכאית היא להגנת ה"הרשאה החוקית" המצויה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. דבר זה מרחיק לכת. כפי שציננה חברתי, אפילו יימצא כי משרד התחבורה נתן לאגד היתר מפורש לאכוף הפרדה מגדרית בקוי המהדרין, מדובר בהחלטה בלתי סבירה בעליל ולכן אגד אינה יכולה להיבנות מאישור זה ככל שניתן. ואולם, כאמור, ההגנות מחייבת כי אם אכן התקבלה במשרד התחבורה החלטה מעין זו, ואם יימצא בסופו של יום כי אגד פעלה שלא כדין באופן המחייב אותה בתשלום פיצויים לתובע הייצוגי ולקבוצה, יישא משרד התחבורה גם הוא באחריות באופן שיפסוק בית המשפט. ואטעים שוב, פשיטא שאיננו נוטעים מסמרות באשר לעובדות הכרוכות במשרד התחבורה, שמקומן להתברר בבית המשפט; וראו גם דברי בפסקה ל"ב לבג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה פ"ד סד(2) 530 (2011), שהזכירה חברתי בפסקה 37.

ה. ואכן, לדידי יהיה צורך לבחון בזהירות את טענותיה של אגד כנגד משרד התחבורה. על צד הכלל, אין חולק כי רשות ציבורית עשויה להיות אחראית, במקרים המתאימים, בגין הנזקים שגרם מי שנמצא תחת פיקוחה מקום בו התרשלה בפיקוח. כפי שציננתי בעניין קודם:

"... הרשות היא משרתת הציבור ולא אדונית – כלשון ש"י עגנון (למשל בסיפור 'האדונית והרוכל', בתוך סמוך ונראה) בעקבות מדרש תהלים – של הציבור, ועליה לנהוג על פי חוק, בשיקול דעת, באיזון ובענוה, וכשאינה עושה כן, תוך ניצול ולוא גם רשלני של כוחה הרב, תחוב כלפי הניזוק מפעולתה. מעבר לרצון ולצורך בהשבת מצבו של הפרט לקדמותו כבתובענות נזיקיות שגרתיות, הנה כאשר ענייננו בתובענה נזיקית כנגד רשות מרשויות השלטון, הטלת אחריות וחובת פיצוי מסייעת בהרתעת גורמי השלטון מפני התנהלות רשלנית

עתידיה, ככל שפסק הדין זוכה לעיון הרשות ולהפצת הנחיות פנימיות מתאימות בבחינת 'ממני תראו וכן תעשו' (שופטים ז', י"ז) (רע"א 2063/16 הרב יהודה גליק נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ה (19.1.17) (יוער, כי באותו המקרה הדברים נאמרו במסגרת דעת מיעוט לעניין התוצאה, אולם נדמה שעל המובא מעלה לא הייתה מחלוקת); ראו גם ע"א עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757 (1983); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1983)).

ו. אם כן, במצב העניינים ה"שגרת", הפרט הוא זה שתובע ישירות את המדינה בגין רשלנותה – לרוב מטעמי "כיס עמוק", ונזדמן לי לומר, כי "יש לנהוג בזהירות בחיפוש אחר 'כיסים עמוקים' כדי לחלוק אחריות.. לא כל 'כיס עמוק' יוצר case כחוק... " (ע"א 4396/06 החברה העירונית ראשון לציון נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (2009)) – ואילו המדינה לכל היותר מגישה הודעת צד ג', או תביעה נפרדת, כלפי המעוול העיקרי; או לחלופין, התובענה מוגשת מעיקרא הן כלפי המדינה הן כלפי מסב הנזק העיקרי. להבדיל, בענייננו, עסקינן בהודעת צד ג' הנשלחת לרשות מהגוף המפוקח, אשר כידוע אין בה לכשעצמה כדי ליצור יריבות ישירה בין הפרט התובע לבין צד ג' – ובענייננו הרשות – אלא לרכז את ההליכים הנובעים מאותו עניין במסגרת אותה תובענה (א' גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 792 (מהדורה 12, 2015); א' קלמנט "צירוף צדדים זרים להליך משפטי" ספר שלמה לוין 171, 192 (2013)).

לדידי, מטעמי מדיניות משפטית ראויה, יש להבחין בין שני המצבים. את תובענתו הישירה של הגוף המפוקח כנגד הרשות יש לבחון בזהירות יתרה, כיון שמעיקרא יש קושי בכך שמסב הנזק העיקרי טוען כנגד הרשות כי לא פיקחה עליו די הצורך ובשל כך חייבת היא בנזקים שגרם הוא עצמו. על פני הדברים, מצב אחרון זה עלול לעלות כדי חוסר תום לב, אשר ראוי כי תהא לו השלכה במובן המעשי, בהתאם לנסיבות המקרה. גם כאן, מלת המפתח היא הגינות; אם יימצא בנידון דידן כי אגד פעלה כפי שפעלה על דעת עצמה, יהא בכך כמו אומרת היא לרשות כעת – שגיתי, טעיתי, אולם היית צריכה לעצור בעדי מעשות כן, גם אם לא ידעת על מעשיי, ולכן עלייך לשאת עמי באחריות; לדידי יש קושי בטענה מעין זו, הן מטעמי הגינות הן מטעמי הרתעת-חסר של אגד (ראו למשל גלעד, בעמ' 1052). כדברי הנשיאה נאור לא אחת, "הדין נגזר מן העובדות", ועל כן על התנהלותה של אגד, ככל שיימצא שאכן פעלה שלא כשורה, לקבל ביטוי בתביעתה בהודעת צד ג' כלפי המדינה, וכמובן ייבחנו העובדות באשר להתנהלות המדינה בפרשה.

סיכומם של דברים, מצטרף אני לעמדת חברתי השופטת חיות לפיה יש לאשר את התובענה הייצוגית נגד אגד, וכן כי יש לאפשר לאגד הגשת הודעת צד ג' כלפי המדינה; ואולם, סבורני כי בהמשך הדרך, יש לנקוט משנה זהירות בבחינת טענותיה הקונקרטיות של אגד כלפי המדינה.

ז. מצטרף אני בהסכמה גם לעמדתה של חברתי לעניין הבקשה כנגד חברות הנייד (הסלולר). משקבענו את שקבענו בחלק הראשון, היינו כי ההגנות להן זכאית המדינה בחוק תובענות ייצוגיות הן הגנות דיוניות, אין אלא לקבוע כי ניתן לאשר את הבקשה כנגד חברות הסלולר, ואלו בתורן יוכלו להגיש הודעת צד ג', או תובענה נפרדת, כנגד המדינה להשבת הכספים. לא אכחד, כי ישומה של ההלכה שקבענו מעלה בנסיבות אלה מוביל לקשיים מסוימים, שכן נדמה כי חברות הסלולר שימשו אך צינור להעברת הכספים מהצרכנים לרשויות המס, לאחר שפעלו בהתאם למדיניות שנקבעה על-ידי הרשות עצמה אשר על פני הדברים שגתה בפרשנותה את הדין. מכאן, שעצם ניהולה של התובענה נגד החברות אינו חף מקשיים; ואולם, כפי שציננה חברתי השופטת חיות, ככל שיימצא כי הכספים הועברו כמות שהם למדינה, יהיו החברות זכאיות לשיפוי מלא, ובכך נדמה כי מוסר הקושי המרכזי, ומנגד יפוצה מי שנפגע, על פי תכליתו של חוק תובענות ייצוגיות.

ח. בהמשך לכך ובשונה מהבקשה שהוגשה כנגד אגד, קושי נוסף הוא שנדמה שבמהותה התובענה מכוונת כנגד המדינה, קובעת המדיניות והמחזיקה בכספים שנגבו ביתר; וחרף האמור, התובענה תנוהל כתובענה ייצוגית "רגילה", ואילו המדינה לא תהא זכאית להגנות להן היתה זכאית אילו נוהלה התובענה ישירות נגדה. כך למשל, אילו הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד המדינה בגין גביית מס הכנסה ביתר, ישירות מן האזרחים, אין חולק כי היו חלות ההגנות הקבועות בחוק (למשל, כי ההשבה תהא אך לתקופה שאינה עולה על 24 חודשים, מכוח סעיף 21 לחוק); ואילו בענייננו, כאשר מדובר בגביית מס ערך מוסף ביתר, באופן עקיף מן האזרחים (ובאופן ישיר מהעוסק), התוצאה היא כי ההגנות אינן חלות; ראו לעניין זה גם הערותיה של חברתי השופטת ברק-ארז, שקראתי עתה. אין חולק כי ישנה אנומליה מסוימת בתוצאה זו, אולם לדידי, משהצליחו המבקשים לבסס עילת תביעה ייצוגית לכאורה כנגד חברות הסלולר, ומשקבענו כי ההגנות להן זוכה המדינה הן דיוניות באופיין, זו המסקנה המתבקשת.

ט. מצטרף אני איפוא לחוות דעתה של השופטת חיות, בכפוף לאמור בפסקה ה' מעלה.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט נ' הנדל:

1. הנני מצטרף לפסק דינה הבהיר והבנוי היטב של חברתי השופטת א' חיות – ומנימוקיו.

2. לדעתי, הסוגיה המרכזית הדורשת הכרעה היא האם ניתן להגיש הודעה לצד שלישי נגד רשות (כהגדרתה בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק)), במסגרת הליך התובענה הייצוגית. סוגיה זו איננה קלה. זאת, בשל הצורך להבטיח כי רכבת התובענות הייצוגיות תנוע במהירות וביעילות על מסילת הברזל המשפטית שנסללה עבורה, ולא "תיתקע" בדרך יתר על המידה. לשון אחר, אף שיקולים מעשיים רלוונטיים מאד להכרעה בתחום זה של המשפט. כמובן, יש לתת את הדעת על הוראות החוק ותכליתן, והאינטרס של הצדדים. כאן מדובר בראייה משולשת – התובע הייצוגי, הנתבע והרשות. משום כך, קביעתנו כי סעיף החוק המגבילים הגשת תובענה ייצוגית נגד הרשות – או מעצבים את ההליך הייצוגי בעניינה במתכונת שונה – נושאים אופי דיוני, אינה בגדר סוף פסוק. יש לבדוק האם, ובאיזו מידה, הסוגיות הדיוניות משפיעות על זכויות המעורבים. אם תרצו, ההיבט המהותי של האופי הדיוני.

אין חולק כי נתבע בתובענה ייצוגית יכול לפתוח בהליך נפרד נגד רשות, לאחר שחויב בדין וקמה לו זכות להשתתפות או לשיפוי (השוו רע"א 5635/13 קורל-תל בע"מ נ' רז, פסקה 51 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (1.4.2015)). כך, גם במצבים שבהם לא ניתן היה לתבוע במישרין את אותה רשות – למשל, משום שעילת התביעה נעוצה ב"הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות" ביחס לצד שלישי שגרם את הנזק (לפי סעיף 3(א) לחוק); משום שניתנה הודעת חדילה (לפי סעיף 9(ב) לחוק); או בשל תקופת ההתיישנות הקצרה שנקבעה לגבי תביעות השבה (סעיף 21 לחוק).

עלינו להידרש, אפוא, לשאלה הדיונית שנותרה – האם על הנתבע לממש את זכות ההשתתפות שלו כלפי הרשות בהליך נפרד, או שבידו לכוון את בירורה של זכות זו בתובענה הייצוגית העוסקת במישור יחסיו עם הקבוצה הנפגעת. סבורני, כי סגירת

הדלת בפני הודעה לצד שלישי בהליך הייצוגי, פוגעת יתר על הנדרש באינטרס של הנתבע. לעומת זאת, דחיית ההודעה עד לאחר אישור התובענה כייצוגית עשויה לפגוע יתר על המידה באינטרס של המדינה.

כמובן, התובע הייצוגי היה מעדיף הליך ידידותי יותר. מובן כי האינטרס שלו תומך בצמצום ההליך הייצוגי למישור היחסים בינו ובין הנתבע – תוך מניעת עיכובים הקשורים בבירור יחסי הנתבע עם צדדים שלישיים. זאת, בייחוד בשלב האישור, שאינו אלא "הפרוזדור שבאמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין", ואין להשלים עם הפיכתו "למשכן קבע" המכביד יתר על המידה על תובעים ייצוגיים (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 787 (1996)). אף על פי כן, יש לשקלל את האינטרס של שלושת הצדדים המעורבים, ולא רק את זה של התובע הייצוגי. מכל מקום, ההכרה בהודעה לצד שלישי בהליך הייצוגי מגנה על אינטרס התובע במובן זה שהיא אינה מאפשרת לדחות את תביעתו כנגד הנתבע בטענה שחוסר היכולת של האחרון לממש את זכות ההשתתפות הופכת את התובענה הייצוגית לבלתי הוגנת (כפי שסבר בית המשפט המחוזי בהחלטתו מושא ע"א 7115/14). תוצאה אחרת תפר את האיזון בין שלושת הגורמים – התובע הייצוגי, הנתבע והצד השלישי.

אמנם, הגישה הפרשנית לפיה רצון המחוקק שלא לאפשר הגשת תובענה ייצוגית נגד הרשות בעילות ובנסיבות מסוימות, משליך מיניה וביה על האפשרות לכלול אותה בהליך גם כצד ג', אינה נטולת שכל. אולם, בהעדר עיגון לשוני לטענה כי הוראות החוק באשר לניהול תובענות ייצוגיות נגד רשות כנתבעת יפות גם להליך של הודעה בצד שלישי, סבורני כי המתווה שהוצג בפסק דינה של חברתי השופטת חיות מייצג תוצאה מאוזנת – ולו בבחינת הרע במיעוטו.

רוצה לומר, כי לו ביקש המחוקק למנוע הודעה לצד שלישי נגד רשות, קביעה כזו הייתה מוצאת עיגון מפורש בלשון החוק. חזקה על המחוקק כי ידע היטב את ההבדל בין נתבע ישיר בהליך לבין צד שלישי. לפיכך, אין להציג את הדברים כאילו הדלת נסגרה בפני הגשת תובענה ייצוגית כנגד הרשות, אך החלון נותר פתוח. יהיה מדויק יותר לומר כי בעוד דלת אחת נסגרה על ידי המחוקק, דלת אחרת נפתחה: הבוחן איננו כניסה למקום (ההליך הייצוגי) אלא מקום הישיבה (כנתבעת או כצד שלישי).

3. לצורך ההליך הנוכחי, די בהכרעה האמורה. אולם, נאמן לגישה המעשית בתחום ניהולן של תובענות ייצוגיות, מצאתי לנכון להעלות מספר היבטים נוספים שעשויים להתעורר בעקבות הכרעתנו. נראה כי השיקולים למתן היתר להודעה לצד

שלישי ייגזרו תחילה מהכללים שפורטו על ידי הפסיקה באורח כללי, אך אין לשלול בהמשך הדרך, ובהתאם לניסיון שיצטבר, התחשבות במאפייניו הייחודיים של ההליך הייצוגי.

עוד אין להתעלם מקושי מסוים שנוצר כתוצאה מן ההכרה העקרונית ביכולת להגיש הודעה לצד שלישי נגד רשות במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית. הכוונה היא להסדר פשרה בין הצדדים. בהתאם לסעיף 18(ג) ו-18(ד) לחוק, ליועץ המשפטי לממשלה מעמד מיוחד בהליך הפשרה שכן הוא מייצג את האינטרס הציבורי, ואמור לסייע לבית המשפט להעריך אם ההסדר מגן כדבעי על אינטרס חברי הקבוצה – או ש"בעיית הנציג" האינהרנטית הביאה את התובע הייצוגי לקבל הסדר פשרה על חשבון חברי הקבוצה (ראו, למשל, ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדט 1987) בע"מ, פס' 92 לפסק דינו של השופט מלצר (4.9.2014)). הכיצד משתלב מצב זה עם היותו של היועץ המשפטי לממשלה צד להליך – כתוצאה מההודעה לצד שלישי כנגד הרשות. זה איננו עניין צדדי שכן הניסיון מלמד כי תובענות רבות שאושרו מסתיימות בפשרה.

אחרון, במצב הרגיל תובע מגיש תביעה נגד נתבעים על פי שיקול דעתו. הניסיון מלמד כי דווקא לתובע אינטרס לתבוע את המדינה כנתבע נוסף במקרה המתאים גם בשל היכולת הקלה לגבות כסף ממנה. ואילו לנוכח הסעיפים האמורים תובע אינו מגיש תובענה ייצוגית כנגד המדינה רק מפני שאסור לו לעשות זאת. דהיינו, בתביעה רגילה ומנקודת מבטו של התובע, הן הנתבע והן המדינה היו בגדר נתבעים. שאלה היא הכיצד דבר זה ישפיע, נורמטיבית ובפועל, למשל במצב בו הנתבע התרשל, אך חוזר על המדינה בשל העדר פיקוח ראוי.

התשובות לשאלות אלה יתקבלו על פי התפתחות הפסיקה, אך מצאתי לנכון להעלות אותן כדוגמאות לתמרורי אזהרה שיש לתת עליהם את הדעת.

4. כאמור, מצטרף אני לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן:

אני מסכים לפסק דינה היסודי של חברתי השופטת א' חיות על כל טעמיה.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ט' בתמוז התשע"ז (3.7.2017).

המשנה לנשיאה (בדימ')	המשנה לנשיאה	שופטת
שופט	שופט	שופט (בדימ')

שופטת