

מעקב פסיקה

ת"צ (ת"א) 14962-01-18 קן-התור הנדסה בע"מ נ' הנתیب המהיר בע"מ (פורסם בנבו 19.04.19), ערכאה: בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מפי השופטת מיכל אגמון-גונן:

בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מפי כבוד השופטת אגמון-גונן, הורה כי יש למחוק על הסף בקשה לאישור תובענה כייצוגית שעניינה אופן תכנון וביצוע הנתیب המהיר המופעל בכביש מספר 1, שתחילתו במחלף נמל התעופה בן גוריון וסופו בכניסה הדרומית לעיר תל אביב. בכביש זה הנוסעים מחויבים בתשלום אגרה, הן אם ברישום מראש והן אם במהלך הנסיעה.

קן-התור (להלן: "**המבקשת**") היא חברת ביצוע בתחום הנדל"ן שטוענת כי עובדיה משתמשים בנתیب המהיר ובדרך הציבורית הצמודה לו. התובענה הוגשה כנגד המשיבות שלהלן: חברת הנתیب המהיר בע"מ (להלן: "**חברת הנתیب המהיר**") אשר זכתה במכרז להקמה והפעלה של הנתیب המהיר; חברת כביש חוצה ישראל בע"מ (להלן: "**חברת חוצה ישראל**") שמונתה על ידי הממשלה כרשות הממונה על פרויקט הנתیب המהיר; חברת נתיבי איילון בע"מ (להלן: "**חברת נתיבי איילון**") שהינה חברה ממשלתית אשר שימשה כרשות הממונה על הקמת פרויקט הנתیب המהיר בפועל; וכן מדינת ישראל (להלן: "**המדינה**") שהחליטה על הקמת הנתیب המהיר, הוציאה לפועל את ביצועו והתקשרה עם חברת הנתیب המהיר בחוזה זיכיון והפעלה.

לטענת המבקשת, לפי המכרז שפורסם על ידי המדינה, היה על חברת הנתیب המהיר לסלול את הנתیب החדש לצד הנתיבים הקיימים בכביש 1, ולא במקומם, וזאת במטרה להקל על עומסי הכניסה לעיר תל אביב. אולם, בוטל נתیب אחד בכביש (הנתیب הציבורי) וסופח לטובת הנתیب המהיר וכתוצאה מכך, נגרמו עומסים כבדים בכביש 1 לכיוון תל אביב והנוסעים נתקלו ב"צוואר בקבוק" אשר נוצר עקב הפיכתו של כביש בעל ארבעה נתיבים לכביש בעל שלושה נתיבים (ובנקודה מסוימת כביש בעל שני נתיבים בלבד). לטענת המבקשת, חברת הנתیب המהיר פעלה לשינוי תוכניות הנתیب על מנת ליצור "צוואר בקבוק תנועתי" כדי להגדיל את רווחיה, זאת באמצעות הגברת עומסי התנועה, כך שרווחי הנתیب המהיר יעלו מתשלומי האגרה. מכאן, לטענת המבקשים, נגרם נזק לציבור המשתמשים במספר אופנים: ראשית, הנוסעים שבחרו להשתמש בנתیب המהיר עקב העומסים הכבדים נאלצו לשלם אגרה כספית גבוהה. זאת מאחר שגובה האגרה נקבע בקורלציה ישירה לעומס בנתیب המהיר, כך שהעלויות משתנות וגדלות ככל שהעומס גדל. שנית, המבקשים טוענים שנגרם נזק לנוסעים שבחרו שלא להשתמש בנתیب המהיר, שכן הם מבזבזים זמן עבודה יקר ונפגעים מכך כלכלית.

המבקשת הגישה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית כנגד כל המשיבות, לרבות המדינה, הן מכוח פרט 1 והן מכוח פרט 11 לתוספת השנייה. פרט 1 עוסק ב"תיבעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".¹ לדידה של המבקשת, חברת הנתیب המהיר ענתה להגדרת "עוסק" לפי חוק הגנת הצרכן,² הן לגבי משתמשי הנתیب המהיר (שבחרו לשלם) והן לגבי הנוסעים שבחרו שלא להשתמש בנתیب המהיר. נוסף על כך, המבקשת גרסה כי התקיימו התנאים הדרושים להקמת חובת ההשבה הקבועה בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט,³ שכן חברת הנתیب המהיר ניצלה את כוחה כעוסק והפיקה רווחים ללא כל בסיס בדין.

כמו כן, המבקשת הגישה את הבקשה על בסיס פרט 11 לתוספת השנייה המגבש את העילה בגינה ניתן להגיש תובענות כנגד הרשות בנוגע להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר.⁴

¹ פרט 1 לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

² סעיף 1, חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981.

³ סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

⁴ פרט 11 לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

בית המשפט הורה כי יש למחוק על הסף את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית בשל הקביעות שלהלן:

באשר לבקשת הסילוק מטעם המדינה וחברת נתיבי איילון, קבע ביהמ"ש כי הוא נעדר סמכות עניינית לדון בתובענה שהוגשה נגדן, שכן אלו פעלו בכובען כרשות, כאמור בפרט 11 לתוספת השנייה בחוק, ולא כעוסק (כמובנו בפרט 1 לתוספת השנייה של החוק), ועל כן הסמכות העניינית לדון במקרה זה אינה נתונה לו כערכאה אזרחית, אלא נתונה לבית משפט לעניינים מנהליים.

ביהמ"ש הדגיש את הכלל בפסיקה כי אין לסלק תובענה מסיבה זו בלבד, והצביע על פגמים נוספים שנפלו בבקשת האישור המצדיקים סילוקה. כך למשל, בית המשפט קבע כי הבקשה נעדרת עילה לפי פרט 11, זאת מאחר שהתשלום אינו מס, אגרה או תשלום חובה אחר אלא מחיר שנגבה בזיקה לשירות מסוים ולא תוך כפייה. המדינה אינה גובה לכיסה את התשלום בגין הנסיעה בנתיב המהיר, ובנוסף הגביה מתבצעת מכוח הסמכה בחוק ונעשית כדין. סיבה נוספת למחיקה על הסף של הבקשה כנגד המדינה וחברת נתיבי איילון, הינה שהבקשה מהווה ניסיון לבצע תקיפה עקיפה של החלטה שלטונית במסגרת תובענה ייצוגית. מהבקשה עולה כי המבקשת תוקפת את ההחלטה השלטונית להפוך את מקטע הכביש הרלוונטי לנתיב מהיר, אשר צעד זה, לשיטתה, הוביל ליצירת פקקי תנועה ותשלום עבור שימוש בנתיב המהיר. בית המשפט קבע כי ככלל בקשת אישור תובענה ייצוגית אשר מכוונת לתקוף אקט שלטוני - דינה להידחות על הסף, שכן הדרך המתאימה לתקיפת אקט שלטוני הינה תקיפה ישירה באמצעות פנייה לערכאות המוסמכות. באותו הקשר, בית המשפט קבע כי לא מתקיימים במקרה דנן המקרים החריגים בהם תתאפשר תקיפה עקיפה של מעשה שלטוני במסגרת תובענה ייצוגית.

כמו כן, גם בקשת האישור נגד חברת הנתיב המהיר סולקה על הסף. ראשית, בית המשפט קבע כי דינה של בקשת האישור להימחק על הסף בשל היעדר תשתית ראייתית מינימלית בבקשת האישור. המבקשת לא צירפה לבקשתה את התוכניות המקוריות של פרויקט הנתיב המהיר שעל בסיסן בנתה טענותיה, וכן לא צירפה חוות דעת מומחה שתוכיח את אשר ביקשה לטעון. התביעה אינה מבססת עילה לפי פרט 1 ולפי עילת עשיית עושר ולא במשפט, שכן חברת הנתיב המהיר גבתה כספים מכוח החוק והתקנות.

כמו כן, בית המשפט קבע כי מכיוון שחלפו למעלה מ-7 שנים ממועד הולדת עילת התביעה ועד לבקשת האישור ישנה התיישנות, וכי גם אם לא מדובר בהתיישנות, עקב השנים הרבות שחלפו מאז הנתיב המהיר החל לפעול נראה כי מתקיים שיהוי.

כאמור, אחת הסיבות שבגינן סבר בית המשפט כי יש למחוק את התובענה על הסף היא העדר סמכותו העניינית לדון בתובענה. חוק תובענות ייצוגיות חל גם על רשויות ציבוריות, למשל המדינה, תאגידים סטטוטוריים, גופים דו מהותיים וכדומה. אולם, חוק תובענות ייצוגיות מבחין בין הרשויות לבין נתבעים אחרים בהיבטים שונים כגון הסמכות העניינית, אופן ניהול התובענה והסעדים שניתן לתבוע במסגרתה. לדוגמה, ניתן ללמוד על השונות בין תביעה כנגד רשות או כנגד גוף אחר בהקלות ובהגנות אשר עומדות בפני רשויות ציבוריות, זאת מתוך הכרה במעמדן המיוחד והזהירות הנדרשת בחשיפתן לתביעות השבה "עתירות ממדים", כפי שעולה מעניין **אסל**.⁵ כחלק מהסדרת הגשת התביעות כנגד המדינה ורשויותיה, סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קבע כי לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה (הכוללת רשימה סגורה של מקרים), או בעניין שנקבע בהוראות חוק מפורשת. חוק תובענות ייצוגיות מאפשר להגיש תובענה ייצוגית כנגד רשויות המדינה מתוקף סעיף 5(ב)(2) ופרט 11 לחוק, וכן מכוח פרט 1 לחוק, אך סמכות הדיון בכל אחת מהתביעות נתונה לערכאות שונות.

⁵ עע"מ 7752/12 עו"ד ישראל אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו 02.11.14) (להלן: **עניין אסל**). פסקאות י"ג ו"יא לפסק דינו של כב' השופט א' רובינשטיין. ערעור על פסק דין של בימ"ש לעניינים מינהליים אשר נסב אודות השאלה האם המשיבה, בהחלטותיה למתן פטור מדמי היתר, פעלה כ"עוסק" כמובנו בפרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, או שמא כ"רשות" כאמור בפרט 11 לתוספת, שעניינו תביעת השבה כנגד רשות בגין סכומים שגבתה שלא כדין כמס, כאגרה או כתשלום חובה אחר.

⁶ סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

מחד, פרט 1 לתוספת השנייה מאפשר להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית במקרה של תביעה נגד עוסק (כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן),⁷ כאשר סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן קובע כי דין המדינה כעוסק כדין כל עוסק אחר. מאידך, פרט 11 לתוספת השנייה מאפשר להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בתביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר. בהקשר ישיר, סעיף 5(ב)(2) לחוק קובע כי הסמכות העניינית בתביעה כנגד רשות מתוקף סעיף 11 תוגש לבית המשפט לעניינים מנהליים. רוצה לומר, חוק תובענות ייצוגיות מבחין בין תובענה ייצוגית כנגד רשות או החלטת רשות (כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים)⁸ שהסעד המבוקש בה הוא השבת סכומים שגבתה כמס, אגרה או תשלום חובה אחרת, לבין תובענות ייצוגיות אחרות בהן הרשות פועלת בכובעיה האחרים, ובמקרה דנן, פועלת כעוסק.

כלומר, לבית המשפט לעניינים מנהליים ישנה סמכות עניינית לדון רק בתביעות השבה נגד רשויות הנכנסות תחת פרט 11 בתוספת השנייה, קרי בעניין השבה של מס, אגרה או תשלום חובה אחרת. בית המשפט לעניינים מנהליים אינו מוסמך לדון בתביעות השבה נגד רשויות לגבי סכומים מסוג שאינו נכלל בפרט 11 בתוספת השנייה. לפיכך, תובענות ייצוגיות נגד רשות, שהסעד המבוקש בהן הוא השבה של סכומים שאינם נכללים בפרט 11, צריכות להיות מוגשות לבית המשפט המחוזי בשבתו כערכאה אזרחית "רגילה".⁹ עדות נוספת לחשיבות הסיווג של פעילות הרשות נלמדת מעניין **מי הגליל**,¹⁰ בו השופט רובינשטיין פסק כי על ביהמ"ש להכריע האם פעילותה של הרשות הציבורית היא בעלת אופי עסקי-מסחרי או שלטוני-ציבורי, וסיווג זה ישפיע על סמכותו העניינית של בית המשפט. כלומר, כשהבקשה לאישור התובענה מופנית כנגד פעולת הרשות בכובעה המנהלי, הסמכות היא לבית משפט לעניינים מנהליים, וכאשר הפעולה הנתקפת נעשתה בכובעה העסקי של הרשות, מקום התביעה בבית המשפט המחוזי. ההבחנה בין פעולה מסחרית-פרטית של הרשות לבין פעולה שלטונית-ציבורית תיבחן בכל מקרה לגופו על יסוד נסיבותיו והתאמתן לתכלית החוק.¹¹

אציין שגם בעניין **מנירב**, השופט דנציגר חזר על דברים אלו בקביעתו כי פרט 11 לתוספת השנייה מאפשר הגשת תובענה נגד רשות להשבת סכומים שנגבו שלא כדין כמס, אגרה או תשלום חובה אחר, וזוהי האפשרות היחידה שבמסגרתה ניתן להגישה תובענה ייצוגית נגד רשות בכובעה השלטוני.¹² בענייננו, התובענה הוגשה בהתבסס על פרט 1 ועל פרט 11 לתוספת השנייה. בעניין **אסל**, השופט גרוניס קבע שלא ניתן להגיש תובענה ייצוגית הנסמכת על שני פרטים אלו ביחד, אולם קבע כי אין לדחות את התובענה מטעם זה בלבד.

הפסיקה במקרה דנן מתיישבת עם ההחלטות שהתקבלו בפסקי הדין שהוזכרו לעיל. גם בענייננו וגם בפסיקות הנוספות נקבע כי יש לעשות הבחנה בין הגשת תובענות כנגד רשויות בכובען העסקי-מסחרי, כלומר פעולתן כ"עוסק", לבין הגשת תובענות כנגד רשויות בכובען המנהלי-שלטוני. כאמור, בפסקי הדין נקבע שתובענות "עסקיות" צריכות להיות מוגשות לבית המשפט המחוזי בשבתו כערכאה אזרחית, ומנגד, הודגש שעל תובענות "מנהליות" להיות מוגשות לבתי משפט לעניינים מנהליים. אולם, על פי ההלכה בפסיקה, אין לסלק תובענות מטעם זה בלבד, ובמקרה דנן התווספו עילות נוספות אשר הובילו לסילוקה.

⁷ ראו לעיל ה"ש 2.

⁸ **סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000.**

⁹ ראו לעיל ה"ש 5, פסקה 8 לפסק דינו של השופט גרוניס.

¹⁰ **עמ" 2978/13 מי הגליל - תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יוסף אחמד יונס (פורסם בנבו 23.07.15) (להלן: "עניין מי הגליל").** ערעור על פסק דין בו נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד המעוררת, מי הגליל - תאגיד והביוב האזורי בע"מ, בשל חדילתה, תוך פסיקת גמול ושכר טרחה למשיב ולבא כוחו. במוקד הערעור ניצבות סוגיות הפנייה המוקדמת בטרם הגשת תובענה ייצוגית ופסיקת גמול ושכר טרחה במקרה של חדילת הרשות. בעניין זה הוכרע כי ככלל, בתובענה ייצוגית נגד רשות מנהלית יש להקדים פנייה לרשות והעדר פניה תילקח בחשבון בעת פסיקת גמול ושכר טרחה.

¹¹ ראו לעיל ה"ש 5.

¹² **עמ" 7741/15 עופר מנירב, ר"ח נ' מדינת ישראל - רשות המיסים (פורסם בנבו 22.10.17) (להלן: "עניין מנירב").** פסקה 33 לפסק דינו של השופט דנציגר. הדיון נסב אודות הסוגיות הבאות: האם ניתן לכלול במסגרת סכום ההשבה שרשות המסים נדרשת להשיב מכוח פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי תביעה נגד רשות להשבת סכומים תוגש רק מקום בו הרשות "גבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר", גם את ההנחות שנתנה המשיבה למייצגים, בתמורה לשימושם בשירותי מערכת שע"מ והאם תקופת ההשבה בה חויבה רשות המיסים בבימ"ש קמא, תואמת לסעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות.

סיבה נוספת שבגינה בית המשפט קבע כי יש למחוק את התובענה על הסף היא שהתובענה נעדרת עילה לפי פרט 11 מאחר שהתשלום אינו מס, אגרה או תשלום חובה אחר אלא מחיר. בית המשפט קבע כי התשלום הנלקח עבור שימוש בנתיב המהיר נגבה בזיקה לשירות מסוים (שימוש בנתיב המהיר) והסכום שמשלמים הנהגים הבוחרים לנהוג בנתיב המהיר הינו וולונטארי, ללא כפייה, הנובע מבחירתם החופשית להשתמש בנתיב זה ולשלם תשלום זה. בנוסף, גם אם המדינה מרוויחה בעקיפין מהתשלומים שמקבלת חברת הנתיב המהיר, הגבייה מבוצעת כדין מכוח הסמכה מפורשת בחוק נתיבים מהירים ותקנות נתיבים מהירים, ולא נמצאת תחת פרט 11.¹³ ניתן לראות כי הקביעה בעניינינו מתיישבת עם פסיקות והלכות קודמות המתוות כיצד על בית המשפט לסווג תשלום – "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" או מחיר.

בעניין לוי,¹⁴ השופט זילברטל עמד על הדמיון הלשוני בין פרט 11 לבין סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה,¹⁵ הקובע שהטלת מיסים ותשלומי חובה אחרים (אגרות) לא יוטלו או ישונו, אלא בחוק. השופט זילברטל עמד על חשיבותו של סעיף זה כביטוי לעקרון חוקיות המנהל, לפיו הטלת תשלומים המוזכרים בסעיף תבצע רק על פי הסכמה בדין, והקיש מסעיף זה לכוונת המחוקק בפרט 11. אולם, בעניין לוי נקבע כי לבחינת השאלה האם מדובר בתשלום אשר אין להטילו על הפרט אלא במסגרת הסמכה בדין, יש להשתמש במבחן נורמטיבי דו שלבי. ראשית, יש לבדוק האם התשלום כולל מאפיינים טיפוסיים של התשלום אותם קבע המחוקק בפרט 11. שנית, יש לבחון את מהות התשלום ותכליתו, קרי האם גביית התשלום מגשימה את מטרות מערכת המס שנועדו לקידום מדיניות כלכלית, רווחה מצרפית והסטת משאבים כספיים אל מקום בו תרומתם מרבית.

בנוסף, בעניין מנירב, השופטת ארבל קבעה שמס נגבה באופן כפוי וללא זיקה לשירות מסוים, זאת בניגוד למחיר, שהינו בעל זיקה ברורה לשירות שניתן בתמורתו ונדרש קשר סיבתי בין השניים. קביעה זו מתחזקת בעניין רונן,¹⁶ בו הנשיאה חיות קבעה כי מס הוא תשלום כפוי שלמשלם אין תמורה ישירה בעדו, ואילו "מחיר" הוא תשלום רצוני עבור נכס או שירות הניתן בתמורתו. השופטת חיות עמדה על כך שישנם תשלומים "מעורבים" אשר נושאים הן מאפיינים של מס והן מאפיינים של מחיר, אולם ככל שמאפייניו המיסויים של התשלום הם דומיננטיים יותר, קרי ככל שהאפשרות להימנע מלשאת בו מצומצמת יותר וישנה זיקה חלשה יותר בין התשלום לשירות שהוא נועד לממן, כך בית המשפט ייטה לסווגו כתשלום חובה.

¹³ חוק נתיבים מהירים, תש"ס-2000.

¹⁴ ע"מ 7373/10 יוסי לוי נ' מדינת ישראל צבא ההגנה לישראל מדור תשלומים (פורסם בנבו 13.08.12) (להלן: "עניין לוי"). נקבע שניכוי סכומי פרמיות הביטוח מגמלת המערער שבוצעו ע"י מעסיקתו לשעבר, המדינה, הוא אינו בגדר "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" שבגינם ניתן להגיש תובענה ייצוגית לפי פרט 11 של התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

¹⁵ חוק יסוד: משק המדינה.

¹⁶ ע"מ 7705/16 יואל רונן נ' מדינת ישראל-רשות המיסים (פורסם בנבו 15.07.18) (להלן: "עניין רונן"). דחיית ערעור על פס"ד מחוזי בגדרו נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד רשות המיסים, בטענה כי התשלומים שמעבירים הנוסעים בכביש 6 לחברת דרך ארץ הם תשלומי חובה שאינם חייבים במע"מ ולפיכך עליה להשיב להם את המע"מ שגבתה בגין אותם תשלומים.