



בבית המשפט העליון

רע"א 3456/13

לפני:

כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר

המבקשת:

חברת חשמל לישראל בע"מ

נגד

המשיבים:

1. יונתן שליידר
2. תומר שני
3. ערגה וינר
4. דימיטרי סטרגונוב

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל
אביב (ס' הנשיא ד"ר פלפל) מיום 17.4.13 בת"צ 1756-09

תאריך הישיבה:

כ"א בכסלו התשע"ז 21.12.16

בשם המבקשת:

עו"ד יהושע חורש; עו"ד חגי דורון;

עו"ד אוריאל פרינץ; עו"ד תומר שוירמן

בשם המשיב 1:

עו"ד מיכאל כך; עו"ד רון לדרמן; עו"ד דנה יהלומי

בשם המשיבים 2-4:

עו"ד גלעד מרקמן; עו"ד שרון עומסי

בשם היועץ המשפטי לממשלה: עו"ד לימור פלד; עו"ד יעל בר-לב

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

א. בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (סגנית הנשיא ד"ר ד' פלפל) בת"צ 1756-09 מיום 17.4.13, שבגדרה נתקבלו שתי בקשות לאישור תובענה ייצוגית כנגד המבקשת, אשר אוגדו יחד, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן חוק תובענות ייצוגיות).

ב. המבקשת אינה טעונה הצגה, ושורשיה בימי מייסדה פנחס רוטנברג, "הזקן מנהריים", בשנות העשרים של המאה הקודמת; היא חברה ממשלתית כמשמעה לפי חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 (להלן חוק החברות הממשלתיות), אשר עוסקת בייצור, הולכה ואספקה של חשמל לכ-2.6 מיליון לקוחות, בהתאם לרישיונות שהוקנו לה מכוח חוק משק החשמל, תשנ"ו-1996 (להלן חוק משק החשמל). צרכני המבקשת משלמים חשבון חשמל אחת לחודשיים, על פי תעריפים שקובעת ומעדכנת הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל (להלן רשות החשמל או הרשות), מתוקף סמכותה כמאסדר (רגולטור) על פי סעיף 31 לחוק משק החשמל. על חשיבותו של חשמל וחיוניותו לכל אין צורך להכביר מלים. נוכח מורכבותו של נושא התיק, יובאו הרקע וטענות הצדדים בתמצית מורחבת.

ג. סעיף 31 האמור מסדיר את עקרון העלות כעיקרון המנחה לקביעת תעריפי החשמל:

"31. (א) הרשות תקבע את התעריפים על בסיס עקרון העלות בהתחשב, בין היתר, בסוג השירותים וברמתם; כל מחיר ישקף את עלות השירות המסוים, בלא שתהיה הפחתת מחיר אחד על חשבון העלאתו של מחיר אחר; נקבעה בתקציב המדינה תמיכה לצורך הפחתת מחיר שירות, יופחת סכום התמיכה מן העלות של אותו שירות.

(ב) לצורך קביעת התעריפים, תבצע הרשות פעולות של בקרת העלויות של בעל רשיון ספק שירות חיוני; הרשות רשאית שלא להביא בחשבון, לענין קביעת תעריפים, הוצאות, כולן או חלקן, אשר לדעתה אינן דרושות למילוי חובותיו של בעל רשיון ספק שירות חיוני; ביישום עקרון העלות לצורך קביעת התעריפים, תכיר הרשות בעלויות הנובעות מעקרונות המדיניות שקבע השר כאמור בסעיף 57א."

עקרון העלות משמעו, כי המחיר בו נושאים צרכני החשמל ישקף את עלותו של השירות המסופק להם, באופן אשר ימנע סבסוד צולב. בנתון לעקרון העלות, קובעת הרשות את תעריף החשמל (להלן גם התעריף), המשקף את עלויות ייצור החשמל, הולכתו, חלוקתו, אספקתו וחיבורו, וכן את השירותים הנוספים שמספקת המבקשת לצרכן, כגון קריאת מונים ועריכת חשבוניות. על פי דברי ההסבר להצעת חוק משק החשמל, תשנ"ו-1996 הצעות חוק – הממשלה 2485, 448, התעריף כולל "את עלות

ההון המושקע במתן השירות וכן תשואה נאותה על ההשקעה" (עמ' 458); כן ראו מתוך אתר המבקשת

(<https://www.iec.co.il/homeclients/pages/settingelectricitytariff.aspx>):

"על מנת שחברת החשמל תוכל לתת מענה לביקושי החשמל של כל לקוח, קטן או גדול, עליה להשקיע מיליארדי שקלים בפיתוח מערכת הייצור, ההשנאה, ההולכה והחלוקה, ולהבטיח חשמל זמין, איכותי ואמין, לכל לקוח, בכל רגע. ראוי לציין כי ההשקעה בפיתוח המערכת כולה מוחזרת באמצעות מכירת המוצר ללקוחות וגביית התשלום עבורו, כמו בכל עסק אחר.

בקביעת התעריף מתחשבת הרשות בעלויות השונות שיש לחברת החשמל, ומכירה במגוון ההוצאות החיוניות לייצור החשמל, כגון השקעות בפיתוח מערכת החשמל, מחירי הדלקים, הוצאות תפעול ותחזוקה, הוצאות מימון, וכן בהוצאות אחרות כמו רכישות חשמל מיצרנים פרטיים" (ההדגשות הוספו – א"ר).

מן האמור עולה איפוא בבירור, כי חשבון החשמל המשולם על-ידי צרכני המבקשת מהווה מקור הכנסתה הבלעדי, והוא המקור לכיסוי הוצאותיה של החברה, לרבות השכר המשתלם לעובדיה.

ד. תעריפי החשמל נשוא ענייננו פורסמו על-ידי רשות החשמל ביום 25.6.02 בספר בסיס התעריפים, שכותרתו "תעריפי חשמל ואמות המידה לשנים 2002–2005 ודרך עדכונם" (להלן ספר התעריפים או הספר); בפועל, נותרו הללו בתוקפם עד ליום 14.2.10. נביא מן המבוא לספר, שם מודגשת חשיבותו של עקרון העלות אף ביחס לקביעתו של התעריף הקונקרטי:

"בקביעת התעריפים לסקטורים השונים ולשירותים נוספים גורסת מדיניות הרשות כי התעריף צריך לשקף, ככל שניתן, את עלות המוצר מבלי שיווצר סבסוד צולב בין המשתמשים בחשמל. בקביעת התעריפים בספר המבנה ביצעה הרשות עבודה יסודית של זיהוי העלויות וייחוסם [כך במקור – א"ר] למקור העלות. זאת במטרה לתרום לראיה כלכלית נכונה של משק החשמל מצד הצרכנים, חברת החשמל ובעלי עניין" (שם, בעמ' 2).

ה. לאחר הבהרות אלה, נפנה לתיאור עיקרי העובדות הרלבנטיות לבקשה שלפנינו. תחילה יובא הרקע להגשתה של התביעה מטעם המשיב 1, שעניינה בחריגות שכר לכאורה במבקשת, ולאחר מכן ייסקרו הנסיבות שבבסיס תביעתם של המשיבים 2–4, הנוגעות להתחייבויות הפנסיוניות של המבקשת.

דו"ח מבקר המדינה לעניין תנאי השכר במבקשת והשלכותיו

ו. במסגרת דו"ח מבקר המדינה לשנת 1999, פורסם דין וחשבון בעקבות ביקורת שנערכה במבקשת בין השנים 1996–1998 לעניין תנאי ההעסקה של עובדיה (מבקר המדינה דוח שנתי 50א – איגודים "תנאי ההעסקה של עובדי חברת החשמל לישראל בע"מ" 27 (1999), להלן דו"ח מבקר המדינה או הדו"ח). הדברים מובאים מתוך ידיעת סעיף 30(א) לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב], שלפיו לא ישמש דו"חות המבקר או כל מסמך אחר מטעמו ראיה בהליך משפטי או משמעתי. בכלל זה התייחס הדו"ח לנושאים הבאים:

(1) שכר עידוד – הביקורת מצאה, כי המבקשת שילמה לכל עובדיה שכר עידוד, אשר נקבע על-ידי המועצה המרכזית לייעול וחיסכון והמזכירות – שני גופים במבקשת המורכבים, בין היתר, מנציגים מטעם ההנהלה והעובדים. נאמר, כי "מן הראוי היה, שבקביעת עקרונות לפיתוח שיטות לתמרוץ העובדים יהיו מעורבים גם גופים חיצוניים מקצועיים, בלתי תלויים, שאינם מושפעים משיקולים של יחסי עבודה בתוך החברה" (עמ' 30). כן נמצא, כי קביעת שכר העידוד נעשת בעיקרה על יסודן של הנחות נורמטיביות, וזאת בלא שנלקחו בחשבון תכניות העבודה של המבקשת, לרבות שינויים עתיים אשר נערכים בהן. לסיכום סוגיה זו הוטעם, כי "מתן שכר עידוד אינו מטרה בפני עצמה, אלא עליו לשמש כלי ניהולי לעידוד השגתם של יעדי החברה. ... עולה, שתשלומי שכר העידוד בחברה אינם תורמים למטרה זו" (עמ' 30–31).

(2) תמריצים לקידום יעדים ועמידה בהם – נמצא, כי בנוסף לשכר העידוד נוהגת המבקשת לשלם לעובדיה אף תמריצים ייעודיים בגין קידום יעדים ועמידה בהם, וזאת החל משנת 1992. תחילה שולמו תמריצים אלה בהקשר לעבודות הקמתן של תחנות כוח, ובהדרגה נתוספו גם ביחס לתחומי פעילות אחרים. נאמר, כי המבקשת לא תכננה באילו פרויקטים, תחומי פעילות או יחידות יינתנו התמריצים האמורים ולא קבעה מדדים כלשהם לבחינת תועלתם. כמה מן התמריצים אף ניתנו למפרע, ועל כן נהפכו – לשיטת מבקר המדינה – "תוספת שכר גרידא, שלא עודדה השגת יעדים" (עמ' 53).

(3) תנאי השכר של העובדים הבכירים – על פי הדו"ח, רמת השכר והתשלומים הנלווים ששולמו לעובדיה הבכירים של המבקשת היתה גבוהה מן המקובל בחברות ממשלתיות אחרות בתקופות הרלבנטיות. בפרט צוינו שיפורים בשנות

ה-90' בתנאי השכר של עובדים בכירים וגמלאים אשר כיהנו בתפקידים בכירים בעבר, בלא שאושרו על-ידי דירקטוריון המבקשת ורשות החברות, כנדרש מכוח הדין. נאמר, כי "המדובר בהטבות מפליגות המשולמות בסופו של דבר מכיסם של צרכני החשמל" (עמ' 53). בכלל זה, נזכרו הסדרי פרישה מוקדמת לגמלאות שנקבעו לשלושה מחברי ההנהלה, אשר אף הם לא אושרו כדין, ובמסגרתם קיבלו הללו משכורת מלאה בעבור "תקופת הסתגלות" של תשעה חודשים, שבמהלכה לא הועסקו בפועל על-ידי המבקשת, וכן פיצויים בשיעור של 75% בגין פרישה לפנסיה מוקדמת.

(4) צריכת החשמל של העובדים – נמצא, כי המבקשת מספקת חשמל לצריכתם הפרטית של עובדיה הקבועים, כמו גם לגמלאים ושאיירים, ללא תשלום עד לתקרה של 25,000 קילוואט-שעה לשנה, וכן נושאת בתשלומי המע"מ ומס ההכנסה שהיו אמורים לחול על שכרם של אלה בגין ההטבה. לשיטת המבקר, התקרה שנקבעה – שהיא גבוהה בהרבה, כך נאמר, מרמת הצריכה הרווחת במשקי הבית בישראל – מהווה "פתח לבזבז חשמל בידי עובדי החברה, ולניצולי באופן בלתי ראוי" (עמ' 54). כן צוין, כי להתרשמות המבקר אין מנגנוני בקרה מספקים לשם מעקב אחר צריכת החשמל הפרטית של עובדי המבקשת בגדרי ההטבה האמורה.

(5) התחייבויות לפנסיה ולפיצוי עובדים – עוד העלתה הביקורת, כי נערכו שינויים בתנאי הפרישה של עובדי המבקשת לעומת אשר נקבע בהסכמים הקיבוציים במגזר הציבורי, וזאת בלא שאושרו כדין על-ידי הממשלה. נאמר, כי שינויים אלה נכללו בחישוב האקטוארי של העלויות המוכרות אשר ערכה המבקשת.

ז. בעקבות פרסום הדו"ח, פנה ביום 24.6.01 הממונה על השכר במשרד האוצר (להלן הממונה) להנהלת המבקשת, במכתב שכותרתו "חריגות שכר בחברת החשמל לישראל בע"מ", ובו נדרש לבדיקה אשר ערך במבקשת במשותף עם רשות החברות הממשלתיות, ובה נתגלו חריגות שכר לכאורה בהיקפים משמעותיים. לאחר קבלת תגובת המבקשת, נערכו מגעים בין הצדדים כדי להגיע לפתרון מוסכם. במסגרת זו הודיע הממונה להנהלת המבקשת במכתב מיום 31.7.03, כי החליט לבטל לאלתר שורה של תוספות שכר, ולתבוע מן העובדים להשיב את הסכומים אשר קיבלו בגין אותן הטבות, כלהלן:

(1) דרגות פרישה – הטבה שעניינה מתן דרגת פרישה א' לעובדים המדורגים בדרגה ב', ומשמעותה עליה של כ-8% בשכר. הוער, כי הטבה זו ניתנה חרף החלטת הנהלת המבקשת משנת 1996, שלפיה יש לבטל את דרגת הפרישה האמורה.

(2) שעות נוספות כחלק משכר הפנסיה – הטבה שמקורה בתשלום רכיב השעות הנוספות הגלובליות כרכיב פנסיוני, המהווה חלק מן השכר הרגיל בעבור עובדים בדרגה ב-10. נאמר, כי מדובר בתשלום שלא קיבל את אישור רשות החברות והממונה, כנדרש על פי הדין.

(3) הטבות לעובדים המדורגים ב-5 – הטבה המגולמת בתשלום משכורות י"ג וי"ד לפי 140% מהשכר הרגיל, אשר ניתנה לעובדי המבקשת בדרגה ב-5 בין השנים 1992–1995, בלא מתן אישור כנדרש מטעם רשות החברות והממונה על השכר.

(4) שכר עידוד לעובדים בכירים – הטבה שמקורה בכפילות בנוסחה לחישוב שכרם של עובדים בכירים, אשר נוצרה נוכח מכפלת ערך השעה ב-1.2, בנוסף לעובדה שכבר גילם בתוכו חישוב של שעות נוספות גלובליות בשיעור 140%.

(5) תוספות לעובדי הנהלה – הטבה מכוח הענקת תוספות שכר של 4% ו-8% לעובדים וגמלאים אשר שימשו כחברי הנהלה במשך 10 שנים ומעלה. נאמר, כי אף הטבה זו ניתנה בלא אישור רשות החברות והממונה, כנדרש.

(6) משכורת י"ד – הטבה שעניינה קיצור הותק המזכה לתשלום משכורת י"ד, אשר ניתנה לכלל עובדי החברה, מ-30 שנים לעובד ו-25 שנים לעובדת, ל-25 שנים לעובד ו-20 שנים לעובדת.

(7) קידום גמלאים בדרגה – הטבה בדמות קידום גמלאים בדרגה אחת לכל שנתיים, חלף קידום אחת לשלוש שנים, כמתחייב לפי הסכמי השכר הקיבוציים שעליהם חתומה המבקשת.

בנוסף, הציב הממונה תנאים למתן הטבות שכר של החזר הוצאות רכב ותשלום שעות נוספות גלובליות, וכן קבע כי נושאי שכר העידוד ומתן התמריצים לקידום ועמידה ביעדים יובאו לאישור דירקטוריון המבקשת.

ח. במהלך השנתיים הבאות התקיימו מספר התדינויות נוספות בין הצדדים, במטרה לבחון את האפשרות לגבש הסדר מוסכם לטיפול בחריגות השכר הלכאוריות שנזכרו מעלה. משלא צלחו נסיונות אלה, הודיע הממונה ביום 21.8.06 להנהלת

המבקשת בדבר החלטתו מתוקף סמכותו לפי סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 (להלן חוק יסודות התקציב), בשורת הנושאים הבאים:

(1) דרגות פרישה – נקבע, כי המבקשת אינה רשאית ליתן דרגת פרישה לעובד אשר קיבל דרגה ב' לאחר מועד ההחלטה על חסימת דרגה א'. עם זאת צוין, כי בכוונת הממונה לקיים שימוע לגבי הותרתה של ההטבה על כנה בעבור עובדים שכבר היו בעלי דרגה א' נכון למועד ההחלטה.

(2) משכורת י"ד – על פי ההחלטה, מי שהחלו לעבוד במבקשת לפני יום 1.1.04 יקבלו משכורת י"ד אך בנתון לותק מזכה של 30 שנים לעובד ו-25 שנים לעובדת. אשר לעובדים שנקלטו לאחר המועד האמור נקבע, כי אלה לא יהיו זכאים להטבה מעיקרא.

(3) שעות נוספות כחלק משכר הפנסיה – על המבקשת לבטל לאלתר, כך נקבע, את תשלום השעות הנוספות הגלובליות כרכיב פנסיוני המהווה חלק מן השכר הרגיל, כמפורט מעלה. עם זאת הוחלט, כי עובדים בדרגה ב-10 יוכלו להמשיך לקבל שעות נוספות גלובליות, ככל שאלה ישולמו בעבור עבודה נוספת בפועל, ולא כרכיב פנסיוני.

(4) הטבות לעובדים המדורגים ב-5 – נקבע, כי משכורות י"ג וי"ד ישולמו לעובדים אלה בשיעור 100%, חלף השיעור הקודם שעמד על 140%. כן הוחלט להפסיק לאלתר את מתן שכר העידוד לפי מקדם 195% (לעומת מקדם 120% הנהוג ביחס לשאר עובדי החברה) ופדיון ימי חופשה בשיעור של 140% (במקום שיעור 100% הנהוג בחברה).

(5) שכר עידוד לעובדים בכירים – בוטלה הנוסחה המתוארת מעלה בפסקה ז(4) לחישוב שעות נוספות גלובליות, ונקבעה תחתיה נוסחה חלופית.

(6) תוספות לעובדי הנהלה – הוחלט לבטל לאלתר את תוספות השכר האמורות, הן לעובדי הנהלה פעילים והן לגמלאים אשר שימשו בתפקידים ניהוליים.

(7) קידום גמלאים בדרגה – נקבע, כי על המבקשת להפסיק את הפרקטיקה שלפיה מקודמים גמלאי המבקשת בדרגה אחת לשנתיים חלף אחת לשלוש שנים.

8) שינויים בשכר עידוד ומתן תמריצים – בהחלטה נרשם האמור בהודעת המבקשת מיום 18.2.02, ולפיו שינויי מדיניות עתידיים ביחס לנושאים אלה יובאו לאישורו של דירקטוריון החברה, תוך שצוין כי נכון למועד קבלתה טרם הוצגו בפני הממונה אישורים מעין אלה.

9) החזר הוצאות רכב – הוחלט להחיל לאלתר את חובות הדיווח על הוצאות נסיעה בתפקיד, בעבור עובדים שהתקבלו לעבודה לאחר ה-1.1.04.

10) תשלום שעות נוספות גלובליות – אשר לשעות נוספות גלובליות שאינן פנסיוניות נקבע, כי המבקשת רשאית להמשיך בתשלומן, ככל שהעובדים הזכאים יבצעו לפחות שעה נוספת אחת ביום.

כן נאמר, כי הדרישה לפיה על עובדי המבקשת וגמלאיה להשיב את תוספות השכר שנתקבלו בניגוד לחוק עומדת בעינה, למעט מקרים חריגים בהם יינתן פטור מחמת נסיבות מיוחדות, אשר ייבחנו בנפרד.

ט. בעקבות ההחלטה נתקיים סבב מגעים נוסף בין הממונה להנהלת המבקשת. ביני לביני, החלו עובדי המבקשת לנקוט בעיצומים. משכך, הובא הנושא לפתחו של בית הדין לעבודה בחיפה, אשר המליץ לצדדים להגיע להסכמה מחוץ לכתליו. לאחר מגעים נוספים הודיעו העובדים על הפסקת העיצומים, ונוכח זאת הסכים הממונה להשעות את יישום החלטתו מיום 21.8.06 עד אשר יגיעו הצדדים להסדר מוסכם. יצוין, כי נכון למועד הגשת תביעתו של המשיב 1 בשנת 2009, טרם הושגו הסכמות בנושא.

התחייבויותיה הפנסיוניות של המבקשת

י. החל משנת 2003 ביצעה המבקשת סדרה של שינויים בפרמטרים אקטואריים וחשבונאיים המשמשים בסיס לאומדן התחייבויותיה הפנסיוניות ועלויותיהן, ואלה גרמו לעליה חדה בהתחייבויות שהעניקה בגין הטבות לאחר פרישה (מבקר המדינה דוח ביקורת שנתי 63א "הסדרי פנסיה של עובדי החברה – חברת החשמל לישראל בע"מ" 318 (2012)). בשנת 2008 אימצה המבקשת את התקינה החשבונאית הבינלאומית (IFRS), וזאת בדומה לכלל החברות הציבוריות בישראל. כתוצאה מיישומו של התקן, חלה עליה משמעותית נוספת בהתחייבויותיה הפנסיוניות האמורות. בעקבות שינויים אלה, אשר גרמו לפערים משמעותיים בין הכיסוי התעריפי לעלויות הפנסיה בפועל, החליטה רשות החשמל ביולי 2008, כי בכל הנוגע לקביעתו של התעריף ביחס למקטע הייצור, יופרדו עלויות אלה וייקבעו בנפרד.

יא. בחודש אוגוסט 2009 דיווחה המבקשת כי שיעור הגידול הצפוי בגמלאות אינו כפי שנחזה בעבר, ועל כן פנתה ביום 6.8.09 לרשות לניירות ערך כדי לקבל הנחיה מראש באשר לטיפול החשבונאי שיש לנקוט כתוצאה מכך. יצוין, כי ברקע לפניה ניצבה מחלוקת שנתגלעה בין הנהלת המבקשת לאקטואר החברה, בשאלה האם לפרוס את השינויים או שמא להכיר בהם כטעות תוך תיקונם של דו"חות המבקשת בהתאם. בהחלטה מיום 26.8.09 קבעה הרשות לניירות ערך, כי המבקשת ערכה שימוש באמדין שגוי לשם חישובו של הגידול הריאלי בתשלומי הפנסיה, ובנתון לאמור עליה לתקן את דו"חותיה בדרך של הצגה מחדש (restatement), כדי שאלה ישקפו את תיקונה של הטעות למפרע. בחודש דצמבר 2009 פרסמה המבקשת דו"חות מתוקנים, ובהם הציגה ירידה בהתחייבויותיה הפנסיוניות בסך 8.8 מיליארד ₪. בנוסף, דווח על הפרשה להשבת סכום של 1.9 מיליארד ₪ לצרכנים, נוכח פער שנתגלה בין החישובים במועד קביעתו של תעריף החשמל לבין החישובים אשר בוצעו במסגרת ההצגה מחדש. בחישוב הסכום האמור יצאה המבקשת מן ההנחה, לפיה החלה הטעות בשנת 1996.

יב. על רקע אירועים אלה הוגשו שתי תביעות כנגד המבקשת, הן התובענות נשוא ענייננו. המשיב 1 הגיש את תביעתו בבית המשפט המחוזי בתל אביב (ת"צ 1756-09), בד בבד עם בקשה לאישור התובענה כייצוגית. נטען, כי על המבקשת להשיב לידי הצרכנים את שוין של הטבות השכר שנמצאו חריגות על-ידי הממונה, בסך 3.5–5 מיליארד ₪, וכתוצאה מכך נכללו בתעריף החשמל שלא כדין. מטעם המשיבים 2–4 הוגשה תביעה לבית המשפט המחוזי בפתח תקוה (ת"צ 22005-08-09), ובצידה בקשה לאישור התובענה כייצוגית. תביעה זו נסבה על סוגית ההתחייבויות הפנסיוניות, ועניינה השבת הכספים אשר הוציאה המבקשת בגין הטעות האקטוארית, בסכום של 6 מיליארד ₪. ביום 21.10.09 נתקבלה בקשת המבקשת – בהסכמת המשיבים – לאחד את הדיון בתובענות ולהעבירו לבית המשפט המחוזי בתל אביב.

יג. להשלמת התמונה יוער, כי ביום 31.1.11 – קרי, למעלה משנה לאחר שהוגשו התובענות האמורות – נחתמו שני הסכמים קיבוציים מיוחדים בין המבקשת לבין הסתדרות העובדים החדשה וועד עובדי חברת החשמל: האחד לעניין השכר, ובמסגרתו אושרו מרבית הרכיבים שהוגדרו כחריגות בהחלטת הממונה מיום 21.8.06; והשני בנושא הפנסיוני, ולפיו יוצמדו גמלאות העובדים הזכאים לפנסיה תקציבית למדד המחירים לצרכן. ביום 3.2.11 אושרו הסכמים אלה על-ידי הממונה.

החלטת בית המשפט המחוזי

יד. בהחלטה מיום 17.4.13 אישר בית המשפט המחוזי בתל אביב (סגנית הנשיא ד' פלפל) את הבקשה המאוגדת. תחילה נדונו מספר טענות מקדמיות שהועלו מטעם המבקשת. במסגרת זו נדחתה טענה לפיה אין יריבות ישירה בין הצדדים, הואיל והתביעה מתמקדת בתעריף החשמל אשר נקבע על-ידי גורם שלישי (קרי, רשות החשמל). לעניין זה נאמר בהחלטה, כי העובדה שהרשות ולא המבקשת אמונה על קביעת התעריף, אינה גורעת מן האחריות המוטלת על האחרונה לשקף תמונה מדויקת של עלויותיה בדו"חות הכספיים שעליהם נסמכת הראשונה. יתר על כן הוטעם, כי למבקשת השפעה על גובהו של התעריף אף נוכח עקרון העלות; זאת, שכן התנהלות בלתי יעילה מצידה עלולה לגרום להוצאות עודפות, ומשאלה יוכרו כעלויות – ישתקף הדבר גם בשיעור התעריף. בנוסף, נדחתה טענת המבקשת לפיה התביעה התישנה, מן הטעם כי עילותיה נתגבשו, לדידה, שעה שפורסמו הדו"חות הכספיים, או למצער במועד קביעת התעריף – כך או אחרת, למעלה משבע שנים עובר להגשתה. נקבע, כי יש למנות את מרוץ ההתישנות לתביעות החל מיום 31.7.03, המועד שבו פורסם מכתבו של הממונה בנושא תנאי השכר במבקשת, בנימוק כי אחרת לא יכלו המשיבים לדעת על דבר קיומה של הגביה הנטענת ביתר.

יה. לאחר דחית הטענות המקדמיות, נדונה לגופה השאלה האם ראוייה התובענה להתנהל כייצוגית. ראשית נבחנה העילה של איסור הטעיה, כמשמעה בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן חוק הגנת הצרכן). נאמר, כי מקום בו קביעתו של התעריף מתבססת על נתונים אשר מעבירה המבקשת, מוטלת עליה החובה למסור לרשות החשמל נתוני אמת, בזמן אמת. בענייננו, כך נקבע, כללה המבקשת בהוצאותיה המוכרות הטבות שכר שלא אושרו כדין, ואף הוגדרו על-ידי הממונה כחריגות, וכן כספים אשר נגבו ביתר נוכח הטעות האקטוארית ביחס להתחייבויותיה הפנסיוניות. הוצאות אלה, כך נקבע, לא היו צריכות להימנות על מסד הנתונים שבדו"חות הכספיים אשר הועברו על-ידי המבקשת לרשות החשמל, ומכאן שקיימת אפשרות למעלה מסבירה לפיה יצליחו המשיבים להוכיח בתביעתם את היסוד הראשון של העילה – הפרת איסור ההטעיה. אשר ליסוד השני שעניינו הסתמכות, נקבע כי ישנה אפשרות סבירה גם להוכחתו, הואיל ובשלמם את חשבון החשמל הניחו הצרכנים שהמבקשת פעלה כדין, בהיותה גוף דו-מהותי. לגבי היסוד השלישי, הנזק שנגרם, סבר בית המשפט המחוזי כי מדובר בהפרש שבין חישוב התעריף על סמך עובדות נכונות – קרי, אלמלא קיומה של הטעיה מצד המבקשת – לבין התחשיב שנערך בפועל. עוד נאמר, כי הקשר הסיבתי בין ההטעיה לנזק מתקיים בענייננו בנקל, כיון שגובהו של תעריף החשמל הושפע בבירור מן הדו"חות אשר הגישה המבקשת.

יו. שנית נדונה עילת התביעה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן חוק עשיית עושר), וזאת מפאת הבעייתיות העלולה להתעורר משום ביסוסה של התביעה על הטעיה עקיפה בלבד של הצרכן (דהיינו, לא הציבור הוא זה שהוטעה כי אם רשות החשמל). אשר לעילה זו נקבע, מן הבחינה העובדתית, כי הטבות השכר, מזה, וההתחייבויות הפנסיוניות, מזה, ניתנו בלא אישורם של דירקטוריון המבקשת, בהתאם לסעיף 32(א)(4) לחוק החברות הממשלתיות, או הממונה על השכר, כנדרש לפי סעיף 29(א) לחוק יסודות התקציב. משכך, סבר בית המשפט המחוזי כי יש לראות בהכללת הוצאות אלה בדו"חותיה הכספיים של המבקשת – שכאמור הביאה, להתרשמותו, לקביעתו של תעריף חשמל גבוה מן הנדרש – משום התעשרות שלא כדין. ביחס ליתר עילות התביעה נאמר, בהסתמך על פסיקת בית משפט זה ברע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (2012) (להלן עניין עמוסי), כי לא נמצא מקום לדון בהן, בשל קיומה של אפשרות סבירה להכרעתה של התובענה לטובת המשיבים באחת משתי העילות אשר נדונו מעלה.

יז. לאחר שביסס את דבר קיומה של עילת תביעה אישית, ניגש בית המשפט המחוזי לבחינת דבר התקיימותם של התנאים לאישור התובענה כייצוגית, הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות:

- (1) "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב".

בנוגע לתנאי הראשון נקבע, כי התובענה אכן מעוררת שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה, כגון: האם הטעתה המבקשת את חברי הקבוצה, והאם התעשרה על חשבונם שלא כדין. אשר לתנאי השני, נדחתה טענת המבקשת לפיה דרך המלך לבירור התובענה היא באמצעותו של הליך מינהלי, ונאמר כי "אין לצאת מנקודת הנחה מובנית כי קיום רגולטור, ימנע דיון משפטי" (עמ' 34). כן נקבע, כי נתקיימו התנאים השלישי והרביעי, משנמצא יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

יח. לבסוף, נדרש בית המשפט להסכם השכר הקיבוצי שנחתם בין המבקשת לעובדיה, כמתואר בפסקה י"ג מעלה; יצוין, כי בהחלטה מיום 6.2.11 נתקבל ההסכם כראיה לקיומו, אך לא כראיה לתוכנו. בהקשר זה הוטעם, כי אף אם מסדיר ההסכם חלק מן הסוגיות המתעוררות במסגרתה של התובענה, אין בו כדי להשפיע על זכויות הצרכנים, אשר אינם צד לו.

יט. נוכח האמור נפסק, כי דין הבקשה לאישורה של התובענה כייצוגית להתקבל. בכלל זה נקבע, כי סכומה של התביעה יעמוד על 9.5–11 מיליארד ₪, המשקף את תשלומי צריכת החשמל ששילמו חברי הקבוצה ביתר בתקופה הרלבנטית, בגין השפעותיהן של חריגות השכר והטעות האקטוארית על גובהו של התעריף.

כ. מכאן הבקשה שלפנינו.

בקשת רשות הערעור

כא. לטענת המבקשת, יש ליתן רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי, הואיל ומתקיימים בענייננו התנאים שנקבעו ברע"א 8761/09 סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל (2010) (להלן עניין פתאל), העוסק בבקשות כגון דא. ראשית נטען, כי קבלתה של התובענה הייצוגית מבחינת המבקשת תהא בעלת השלכות חמורות במיוחד, נוכח סכום התביעה החריג בגובהו. לא כל שכן סבורה המבקשת, כי עצם האפשרות אשר יוטל עליה חוב מעין זה עלולה לפגוע בפעילותה ולגרום להרעה ניכרת ביחסיה הפיננסיים, כך ש"די בסכום התביעה כשלעצמו" כדי להיעתר לבקשה. שנית לשיטתה, ראוי להתחשב בעובדה שמרבית השאלות העובדתיות והמשפטיות אשר מעוררת התובענה לא הוכרעו לגופן בבית המשפט המחוזי. למשל מצוין בבקשה, כי לא נדונה השאלה האם כל אחד מרכיבי השכר ששולמו על-ידי המבקשת והיוו בסיס לבקשה לאישור הלמו את הפרקטיקות המקובלות במגזר הציבורי בתקופות הרלבנטיות, אם לא; או האם רכיבי שכר אלה אכן היו טעונים אישור מטעם הממונה ודירקטוריון החברה, כנטען. שאלה נוספת הדרושה הכרעה, כך נטען, נוגעת למשמעותם של ההסכמים הקיבוציים שנחתמו בשנת 2011 לגבי המשך בירורה של התובענה. עם זאת מטעימה המבקשת, כי אין הבקשה הנוכחית מחייבת בהכרח דיון בשאלות סבוכות אלה, מן הטעם שזו נסבה על סוגיות עקרוניות אשר ההכרעה בהן פשוטה יחסית (כגון, האם ניתן לתבוע את המבקשת בלא שצורפה רשות החשמל להליך). שלישית גורסת המבקשת, כי יהא מוצדק לקבל את הבקשה אף נוכח הקשיים הבולטים שבהחלטת האישור גופה, כפי שיפורט להלן.

כב. לשיטת המבקשת, החלטתו של בית המשפט המחוזי שגויה ממספר בחינות. בראש וראשונה נטען, כי התובענה נעדרת עילה מעיקרא, הואיל והמבקשת גבתה כספים בהתאם להוראות שבדין, ואילו המשיבים אינם תוקפים את ההוראות גופן. לעניין זה סומכת המבקשת ידיה על פסיקתו של בית משפט זה ברע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ (2010) (להלן עניין קו מחשבה), שם נתקבל ערעור על החלטה לאישור תובענה ייצוגית כנגד חברת בזק, אשר נסבה על תעריף שירותי טלפון בינלאומיים, בנימוק כי אלה נקבעו על יסוד תקנות שר התקשורת, ולא נמצאה עילה להכריז על בטלותן. נטען, כי אפילו נפל בענייננו פגם בתעריף החשמל, אין בכך כדי להקים למשיבים זכות להשבה רטרואקטיבית (שס, פסקה 24), ומכאן שההליך הייצוגי אינו מתאים למקרה. בנוסף גורסת המבקשת, כי בית המשפט המחוזי שגה בדחותו את הטענות המקדמיות שהעלתה בפניו. במסגרת זו משיגה הבקשה על מניין מרוץ ההתישנות על-ידי בית המשפט המחוזי, בטענה כי עילת התביעה התגבשה כבר בשנת 2002 – קרי, המועד שבו נקבע התעריף – בעוד שטענות המשיבים נסמכות במהותן על מידע שכבר היה ידוע בשנת 1999, עם פרסומו של דו"ח מבקר המדינה. כן נאמר, כי בית המשפט המחוזי התעלם בשגגה מטענתה של המבקשת בדבר היעדר עילה, נוכח הלכת קו מחשבה; וזאת, בלא נימוק ענייני פרט לציון חשיבות הנושא שמעלה התובענה.

כג. אף לגופו של עניין סבורה המבקשת, כי ההחלטה לאישור התובענה כייצוגית נסמכה על קביעות עובדתיות ומשפטיות מוטעות. ראשית נטען, כי הקביעה לפיה רשות החשמל הוטעתה, נתקבלה על יסודה של תשתית ראייתית לקויה, משלא נסתרה חזקת התקינות המינהלית העומדת לה. בהקשר זה צוין, כי בקבעה את התעריף ממילא אין הרשות מסתמכת על נתונים מטעמה של המבקשת גרידא, אלא מבצעת בקרת עלויות תוך שימוש בנתונים נוספים. כן הוטעם, כי ממצאי דו"ח מבקר המדינה פורסמו בטרם נקבע התעריף לשנים 2002–2005, ומשכך קשה לייחס לרשות החשמל חוסר מודעות כלפי חריגות השכר הנטענות. שנית טוענת המבקשת, כי לא נתקיימו בענייננו יסודותיה של עילת איסור ההטעיה; זאת, הואיל והחלטתו של בית המשפט המחוזי התיחסה להטעיה עקיפה (דהיינו, הטעייתה של רשות החשמל, אשר גרמה לגביה ביתר במסגרת התעריף), שלגביה נפסק בבית משפט זה ברע"א 2505/06 בקר נ' סלקום ישראל (2008) (להלן עניין בקר), כי אינה מקימה עילת תביעה לפי חוק הגנת הצרכן. שלישית נטען, כי ראש התביעה שעניינו ההתחייבויות הפנסיוניות אינו מבוסס, משהודיעה רשות החשמל ביום 27.12.09 כי הפרשות החשבונאיות נשוא הטעות האקטוארית לא נכללו בתעריף הרלבנטי ממילא. רביעית גורסת המבקשת, כי הקביעה שלפיה שילמה שכר חריג לעובדיה שגויה מן הבחינה העובדתית, ואינה עולה בקנה אחד עם דבר אישורו של

הסכם השכר הקיבוצי על-ידי הממונה על השכר. מכאן, שלדעת המבקשת שגה בית המשפט המחוזי אף בקבעו כי נתקיימו יסודותיה של עילת התביעה בעשיית עושר ולא במשפט.

תגובת המשיבים

כד. ביום 12.8.13 הוגשה תגובת המשיבים. בראש וראשונה נטען, כי יש לדחות את הבקשה נוכח התנהלותה של המבקשת, העולה – לשיטת המשיבים – כדי חוסר נקיון כפיים. הבקשה, אליה צורפה כאמור בקשה לעיכוב ביצוע, הוגשה במעמד צד אחד, כך נטען, וזאת בניגוד לנוהל נשיא בית המשפט העליון 6/98 "תגובות יתר בעלי הדין" (17.11.02). כן גורסים המשיבים בהקשר התנהלות המבקשת, כי בקשת רשות הערעור אינה כוללת כמה מסמכים בעלי חשיבות להכרעת המחלוקת, הן לעניין ההתחייבויות הפנסיוניות והן בהקשר סוגית השכר. עוד נטען, כי יש לדחות את הבקשה אף נוכח מניעות המבקשת מהגשתה, הואיל ובחירה שלא להשיג על החלטת בית המשפט המחוזי מיום 20.6.10, אשר בגדרה נדחתה בקשתה לסילוקה של התובענה על הסף. כן מצוינת החלטה נוספת שניתנה בתיק מיום 23.1.11, שבמסגרתה נדונה – בין היתר – בקשת המבקשת למחיקת חלקים מתשובת המשיבים לתגובתה לתובענה שגם עליה לא עירערה בשעתו, ובה נקבע כי אין בעצם העובדה שרשות החשמל קובעת את התעריף, כדי לאיין את התביעה כנגד המבקשת.

כה. לגופם של דברים, אשר לטענת המבקשת לפיה החלטתו של בית המשפט המחוזי אינה עולה בקנה אחד עם הלכת קו מחשבה, סבורים המשיבים כי אין להלמה. לשיטתם, יש לאבחן את ענייננו מנסיבותיה של אותה פרשה, שבמסגרתה לא הוכח כי בזק השפיעה על גובה התעריף אשר בגינו הוגשה התובענה. נטען, כי במקרה דנא – להבדיל מבעניין קו מחשבה – קבע בית המשפט המחוזי כי המבקשת הטעתה את רשות החשמל, וזאת באופן אשר הביא לגבייתו של תעריף גבוה מן הנדרש. כן מוטעם, כי אין התובענה הנוכחית מופנית מעיקרא כלפי חוקיות התעריף, וזאת לעומת עניין קו מחשבה, שם הועלו טענות גם כנגד התנהלותה של הרשות המינהלית הרלבנטית. אדרבה, נוכח האשם אשר דבק לשיטתם במעשי המבקשת בנידון דידן, טוענים המשיבים כי אין נפקא מינה אם פעלה בגדר הוראות שבדין, תוך שמפנים הם לפסיקות בית משפט זה בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985) וברע"א 1565/95 סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד נד(5) 638 (2000). לחלופין נטען, כי אם ענייננו אכן מחייב תקיפה עקיפה של התעריף גופו, נוכח הלכת קו מחשבה, יש לאפשר למשיבים לעשות זאת במסגרת ההליך הייצוגי.

כו. מעבר לאמור, סומכים המשיבים ידיהם על החלטתו של בית המשפט המחוזי, לרבות הקביעות העובדתיות והמשפטיות שנתקבלו במסגרתה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

כז. ביום 11.8.13 הודיע היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו בהליך, מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. ביום 20.1.14 הגיש את תגובתו, ולפיה דינה של בקשת רשות הערעור להתקבל.

כח. עמדת היועץ היא, כי אין נושא תעריף החשמל – העומד ביסודה של תביעת המשיבים – מתאים להידון במסגרת תובענה ייצוגית, אלא בהליך מינהלי בלבד. תביעה הנוגעת לשיעורם של התעריפים טומנת בחובה, לשיטתו, גם תקיפה של חוקיותם; תקיפה כגון דא תתאפשר – כך נטען – אך במקרים הנדירים שבהם תימצא פעולת רשות החשמל, כגורם המקצועי המוסמך אשר אמון על קביעת התעריף, חורגת ממתחם הסבירות. גישה זו נלמדת, לטענת היועץ, מפסיקתו של בית משפט זה בעניין קו מחשבה, שם נקבע – בין היתר – כי סעד של השבת כספים אשר נגבו על פי תקנות יהא מרחיק לכת, וזאת מקל וחומר מקום בו עסקינן בתובענה ייצוגית. נוכח האמור סבור היועץ, כי אין להלום את טענת המשיבים לפיה מתמקדת התובענה בהתנהלות המבקשת ולא בפעלה של רשות החשמל, שכן בסופו של יום משיגים הם על שיעור התעריף אשר נקבע מכוח הדין ובנתון לשיקול דעתה המקצועי של הרשות, ומבקשים להעמיד תחתיו שיעור חלופי. מוטעם, כי "אין בכך כמובן להסכים עם התנהלותה של חברת החשמל" (פסקה 23), ברם זו אינה מצדיקה כשלעצמה את קביעת שיעורם של תעריפי החשמל במסגרת הליך אזרחי ובדרך של תובענה ייצוגית, חלף הבחינה המקצועית המתבצעת על-ידי הרשות. לעניין זה מפנה היועץ אף לפסיקה האמריקנית, שם נהוגה הדוקטרינה *Filed Rate Doctrine*, ולפיה לא יאפשר בית המשפט תקיפה של תעריף אשר קובעת רשות מינהלית אלא אל מול אותה רשות.

כט. בנוסף מתיחס היועץ המשפטי לממשלה בתגובתו להחלטה שבגדרה אושרה התובענה הייצוגית, ומבקש להעמיד על דיוקן כמה מן הסוגיות אשר נדונו במסגרתה. בנוגע לסוגית הטבות השכר נטען, כי בית המשפט המחוזי שגה בקבעו שדי בכך שרכיבי שכר מסוימים לא קיבלו את אישורו של הממונה – וזאת, בטרם הושלמה בדיקתו ובלא שקיבל החלטה סופית בנושא – כדי להקים חובת השבה לצרכנים. מוטעם, כי בסמכותו של הממונה לקבוע כי הטבה מסוימת אינה טעונה את אישורו אף אם אינה הולמת את הנהוג במדינה, או לחלופין לאשר אותה, גם בדיעבד. בהקשר זה מפנה היועץ לסעיף 29ב(2)(א) לחוק יסודות התקציב, הקובע כי בסמכותו של הממונה "לקבוע מהו

ההסכם או ההסדר אשר יכול לחול על הצדדים במקום ההסכם הנוגד, לרבות בדרך של אישור הוראה מהוראות ההסכם הנוגד". בענייננו, כך נטען, בדיקתה של סוגית הטבות השכר במבקשת, שנערכה על-ידי הממונה בעקבות דו"ח מבקר המדינה, נסתיימה עם מתן אישורו להסכם השכר מיום 31.1.11, ולא – כמשתמע מהחלטתו של בית המשפט המחוזי – במכתבים ששלח בשנים 2001–2006. מכתבים אלה מנוסחים אמנם בלשון של החלטה, אולם אין לראות בהם, לדידו של היועץ, משום הכרעה סופית מטעם הממונה, נוכח חזרתו מן העמדה שהובעה בהם באשרו את ההסכם האמור. משכך גורס היועץ, כי הקביעה לפיה אין בכוחו של ההסכם הקיבוצי להשפיע על זכויות הצרכנים אשר אינם צד לו מוטעית, שכן היא חותרת תחת סמכותו של הממונה לפי ההסדר הקבוע בחוק יסודות התקציב, לאשר הטבות שכר שעליהן הוחלט במסגרת ההסכם.

ל. אשר לעניין ההפרשות הפנסיוניות מטעים היועץ, כי מדובר בנושא מורכב שעודנו נתון בבדיקה, וזאת בשונה מן התמונה המצטיירת מהחלטתו של בית המשפט המחוזי. ראשית נטען, כי בניגוד לאמור בהחלטה, אין ללמוד מהודעת הרשות לניירות ערך מיום 26.8.09 על חובתה של המבקשת להפחית מהתחייבויותיה הפנסיוניות באופן מידי, או על הסכומים שעליה להפחית, אם בכלל. שנית מציין היועץ, כי אף אם תימצא המבקשת חייבת בהפחתה כאמור, נבחנו באחרונה דרישות מצידה שלה להכרה בעלויות נוספות, ובמסגרת זו קבעה הרשות שיש להחזיר לה כ-7 מיליארד ₪ עד סוף שנת 2014. משמעות הדבר, לשיטתו של היועץ, כי כל סכום אשר יוחלט שיש להפחית מן התעריף יקוזז ממילא כנגד החוב האמור כלפי המבקשת.

לא. ביום 26.3.14 הגישו המשיבים תשובה לתגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה. נטען, כי ישנו קושי בעמדת המדינה, נוכח תפקידה הרגולטורי, מזה, והיותה בעלת המניות במבקשת – שהיא, כאמור, חברה ממשלתית – מזה. המדינה מצויה איפוא, לשיטת המשיבים, בניגוד עניינים מובנה, הנובע מן העובדה שהיא זו אשר תישא במימון הכספים שנגבו ביתר מצרכני המבקשת. לעניין זה מוסיפים המשיבים, כי הסתמכות היועץ על דוקטרינת ה-*Filed Rate Doctrine* אינה רלבנטית לדין הישראלי, ואף בפסיקה האמריקנית נמתחה עליה ביקורת חריפה. אשר לטענת היועץ לפיה בירורה של התובענה יאיין את תפקידן הרגולטורי של רשויות המינהל הרלבנטיות, נטען כי רשות החשמל והממונה על השכר עודכנו בדבר התביעה בזמן אמת, אולם בחרו שלא להתיצב ולהביע עמדתם בפני בית המשפט המחוזי. לבסוף מוטעם, כי אין המשיבים תוקפים את מהלך קביעתו של התעריף, ואינם מבקשים לשנות את שיעורו; אדרבה, טענתם היא שרשות החשמל הוטעתה על-ידי המבקשת, וזאת בהסתמך על ההנחה כי לא

ידעה שהדו"חות הכספיים כללו רווחים שהופקו מן הטעות האקטוארית וחריגות שכר, כמתחייב מחזקת התקינות המינהלית.

לב. ביום 15.6.14 הוגשה התיחסות המבקשת לתגובת היועץ המשפטי לממשלה וכן לתשובה מטעם המשיבים. ראשית נטען, כי המשיבים חרגו מסדרי הדין האזרחיים שעה שצירפו לתשובתם ראיות חדשות בלא שקיבלו רשות לכך מבית משפט זה, ועל כן יש להתעלם מעצם הגשתה. שנית ולגופו של עניין, סבורה המבקשת כי עמדתו של היועץ מחזקת ביתר שאת את הטענות המועלות במסגרת בקשתה, והיא סומכת ידיה על האמור בה.

השתלשלות ההליכים בבית משפט זה

לג. ביום 28.10.15 התקיים בפנינו דיון ראשון בבקשה. נדונה הצעת המותב, לפיה יסתיים התיק בהסדר מוסכם, אשר ייתן ביטוי לעצם העלאתם של הנושאים במסגרת ההליך הייצוגי, לרבות בהקשר גמול ושכר טרחה; וזאת, בלא שיוכרעו הטענות המשפטיות והעובדתיות גופן. הצדדים הביעו נכונות עקרונית לפשרה, תוך שבאי כוח המשיבים ביקשו כי זו תשקף את הפן הציבורי של תביעתם ("שהציבור לא ייצא מקופח"). בנוסף נמסר מטעם באת כוח היועץ המשפטי לממשלה, כי טרם הושלמה הבדיקה לעניין ההפרשות הפנסיוניות, שעליה עודכן בתגובה מיום 20.1.14, ובמסגרתה נבחנת אפשרות להשבת סכומים עודפים לציבור, ככל שאכן נגבו ביתר נוכח הטעות האקטוארית. בתום הדיון הוחלט ליתן לרשות החשמל פרק זמן של שישה חודשים לצורך הגשת הודעה מעדכנת בנושא, בתקווה כי תשמש בסיס להסכמה. כן נתבקשו הצדדים לבוא בדברים בכל דרך שימצאו לנכון לגבי סיומו של ההליך.

לד. ביום 6.10.16 הוגשה הודעה מעדכנת מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה. זו התעכבה נוכח חקיקתו של חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה לשם יישום המדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2015-2016), תשע"ו-2015, אשר נכנס לתוקפו ב-1.1.16, ובגדרו הוחלט על פירוקה של רשות החשמל במתכונתה הנוכחית והקמתו של גוף חדש תחתיה. בהודעה נמסר, כי צוות מקצועי המורכב מעובדי הרשות ומיועצים חיצוניים קיים בדיקה פנימית של רכיב העלויות הפנסיוניות המוכר כעלות בתעריף החשמל, ובחן את השפעתה של ההצגה מחדש שערכה המבקשת על עלויות אלה. במסגרת זאת, כך נאמר, נבדקה האפשרות לבצע החזר לצרכנים של הסכום אשר סווג בהצגה מחדש כהפרשה (אשר עמד בשעתו על כ-1.9 מיליארד ₪), אולם בסופו של יום נמצא כי אין הצדקה לדבר. בתגובת המשיבים מיום 26.10.16 נטען, כי הודעת היועץ אינה ממלאה אחר הוראותיה של החלטתנו לעדכן בדבר נתון עובדתי – קרי, מהו גובהו של הסכום

אשר נגבה מצרכני המבקשת לשם מימון הטעות האקטוארית. בנסיבות אלה סבורים המשיבים, כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור ולהשיב את התובענה לפתחו של בית המשפט המחוזי לבירורה לגופה, או לחלופין ליתן הוראות בדבר המשך בירורו של התיק בבית משפט זה. בתגובה מטעם המבקשת נאמר, כי הודעת היועץ סותמת את הגולל על טענות המשיבים בכל הנוגע להפרשות הפנסיוניות, ומשכך ראוי להיעתר לבקשה ולקבל את הערעור לגופו.

לה. ביום 20.12.16 עידכן היועץ המשפטי לממשלה בדבר פרסום הצעת החלטה של רשות החשמל מיום 12.12.16, בנושא ההפרשות הפנסיוניות לשימוע הציבור. המדובר במסמך המסכם את ממצאי הבדיקה שנערכה על-ידי הצוות המקצועי, הנזכרת מעלה. לפי המסמך, הסכום אשר סווג כהפרשה לצרכנים בדו"חות הכספיים המתוקנים של המבקשת משנת 2009, שפורסמו כאמור בעקבות ההצגה מחדש, נאמד נכון למועד הבדיקה בכ- 2.8 מיליארד ₪. בצד זאת נאמר, כי לפי שעה קבעה הרשות שאין מקום לעדכון של תעריף החשמל באופן אשר יבטא השבה של סכום זה, נוכח קבלתן של תביעות המבקשת להכרה בעלויות נוספות כתוצאה מעדכון של הנחות אקטואריות אחרות בנוגע לתחום הפנסיוני, שהיקפן צפוי להיות לכל הפחות שווה להפרשה האמורה. בכלל זה הוטעם, כי אף אילו היתה הרשות מוצאת פערים לזכותם של הצרכנים מחמת הטעות האקטוארית, אין הדבר משמיע עדכון מידי של תעריף החשמל, בשל ייחודיותן של העלויות הפנסיוניות, המתאפיינות בפער זמנים ניכר בין מועד צבירתן (תקופת השירות של העובדים) לבין מועד תשלומם (לאחר פרישתם); משמעות הדבר, כך על פי המסמך, כי "בניגוד לעלויות אחרות מדובר בהתחשבנות 'מתגלגלת' (סעיף 105).

לו. ביום 21.12.16 ערכנו דיון שני בתיק. באת כוח היועץ המשפטי לממשלה חזרה על עיקרי הצעת ההחלטה מטעם רשות החשמל, והטעימה כי ממצאי הבדיקה מחזקים את העמדה לפיה נפלו שגיאות בהחלטה לאשר את התובענה הייצוגית. באי כוח המשיבים טענו, כי הצעת ההחלטה דוקא מאששת את קביעתו של בית המשפט המחוזי בדבר חובת המבקשת להשיב לצרכנים סכום של כ- 2.8 מיליארד ₪ בגין הטעות האקטוארית. עוד הטעימו, כי אין להלום את עמדת היועץ לפיה קיזוז הסכום האמור כנגד עלויות אחרות שהוכרו במסגרת התעריף מיתר את התובענה; ככל שנקבע כי כספים אלה אכן נגבו ביתר, השבתם באמצעות עדכון התעריף או בכל דרך אחרת הם היינו הך. בתום הדיון נקבע, כי יש מקום לקבל את התיחסויות הצדדים להצעת ההחלטה גם בכתב, בטרם יוחלט באשר להמשך הטיפול בבקשה.

לז. ביום 22.1.17 הגישו המשיבים את התיחסותם. נאמר, כי מבעד ל"מסך העשן" שיצר מסמך הרשות, אין בו כדי לשנות מעמדתם. זאת, נוכח העובדה שאין התובענה מופנית כנגד קביעת התעריף אלא עוסקת בשאלת השבתם של כספים אשר נגבו ביתר מצרכני המבקשת. ברי, לשיטתם, כי ציבור הצרכנים מימן את הוצאות המבקשת, הן בגין חריגות השכר הנטענות – אליהן המסמך אינו נדרש מעיקרא – והן נוכח ההתחייבויות הפנסיוניות; זאת, הואיל ואין חולק כי חשבונות החשמל המשולמים על ידי הצרכנים מהווים מקור הכנסתה היחיד של המבקשת. אשר להצעת ההחלטה גופה נטען, כי הנתון היחיד שרלבנטי להליך דנא מצוי בפסקה 86 למסמך, המפרטת בדבר תחשיב שנערך לגבי הכיסוי התעריפי לעלויות האקטואריות של המבקשת, ולפיו מסתכמים הפערים לזכות הצרכנים בכ-2.5 מיליארד ₪. לדעת המשיבים, אין זיקה בין דרישות המבקשת להכרה בעלויות נוספות לצורך עדכון התעריף, לבין חוב העבר המוכח כלפי הצרכנים, ומשכך יש לאפשר את המשך בירורה של התובענה.

לח. בהתיחסותה מיום 31.1.17 גורסת המבקשת, כי מהצעת ההחלטה של הרשות נלמד שתעריף החשמל אשר נקבע בשנת 2002 לא כיסה את מלוא עלויותיה הפנסיוניות בתקופה הרלבנטית. ברי איפוא לשיטתה, כי בית המשפט המחוזי שגה בקבעו שקמה עילה להשבת הכספים אשר נגבו במסגרת התעריף בגינו של הרכיב הפנסיוני, ועל כן אין מקום לאישור התובענה הייצוגית.

לט. ביום 12.2.17 הוגשה התיחסותו של היועץ המשפטי לממשלה. ראשית הוטעם, כי החלטת בית המשפט המחוזי התבססה על הנחה שגויה, לפיה תעריף החשמל נקבע בצמידות לדיווחי המבקשת, ומכאן שכל תיקון בדו"חות הכספיים המוגשים מטעמה מחייב את עדכונו. בפועל, כך נאמר, נקבע התעריף על בסיסן של עלויות נורמטיביות, אשר אינן בהכרח חופפות לדו"חות, ומתעדכן בהתאם לנוסחה הקבועה מראש. כן צוין, כי לגבי התעריף נשוא ההליך הנוכחי הופעל מקדם התייעלות, שבמסגרתו נערכה הפחתה הדרגתית בעלויות אשר הוכרו לצורך קביעתו. משמעות הדבר, כי במסגרת קביעת התעריף בשנת 2002, נלקחו בחשבון – ואף זאת, כאמור, בעירבון מוגבל בלבד – הדו"חות הכספיים הרלבנטיים של המבקשת משנת 2000, וכן מקדם ההתייעלות האמור. משכך, אין נפקא מינה אם היתה המבקשת מדווחת בזמן אמת – ולא במסגרת ההצגה מחדש – על עליה בהפרשותיה הפנסיוניות החל משנת 2003. שנית טוען היועץ, כי ההחלטה לאישור התובענה מוטעית אף בשל העובדה שיצאה מן ההנחה לפיה ניתן לבודד פרמטר מסוים מתוך הרכיב הפנסיוני ולשנות את שיעורו של התעריף בנתון לתיקונו. נטען, כי בדיקת רשות החשמל העלתה שאין כל צורך בעדכונו של התעריף

נוכח הטעות האקטוארית, חרף העובדה שאכן נדרשו התאמות מסוימות בחישובו של הרכיב הפנסיוני כתוצאה ממנה.

מ. ביום 26.2.17 הגישו המשיבים תגובה להתייחסות מטעם היועץ. לשיטתם, אין להלום את הטענה לפיה דין התובענה הייצוגית להידחות נוכח העובדה שקביעתם של תעריפי החשמל נערכת על יסודה של נוסחה נורמטיבית מתעדכנת ובנתון למקדם התייעלות. הוטעם, כי ענייננו בתעריף ספציפי, אשר לצורך קביעתו נעשה שימוש בדו"חותיה הכספיים של המבקשת משנת 2000, ובחלקם – כנטען – נכללו נתונים שגויים. על כן סבורים המשיבים, כי חצו את הנטל הלכאורי המוטל עליהם בשלב זה של ההליך, בהתאם לרף אשר נקבע בעניין עמוסי, ומכאן שיש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי.

דיון והכרעה

מא. לאחר העיון אציע לחברי ליתן רשות ערעור, לדון בבקשה כאילו הוגש ערעור לפי הרשות שניתנה, ולהיעתר לערעור בחלקו, כך שתתקבל עמדת המבקשת (ומכאן ואילך המערערת) בכל הנוגע לראש התביעה שעניינו הטעות האקטוארית, אולם תותר על כנה החלטתו של בית המשפט המחוזי באשר לסוגית הטבות השכר.

מב. ככלל, על החלטה בדבר אישורה של תובענה כייצוגית תינתן רשות ערעור בנתון לאיזון בין יעילות ההליך, מחד גיסא, לבין שיקולים נוספים העלולים להטות את הכף לטובת התערבות בית המשפט, מאידך גיסא – משמעות קבלתה של התובענה מבחינת הנתבע, משקלן של השאלות המתעוררות בגדרה של הבקשה, וסיכויו של הערעור להתקבל (עניין פתאל, בפסקה 5; וראו ערן טאוביג "הערעור בתובענות ייצוגיות" הערעור האזרחי 649–650 (חמי בן-נון וטל חבקיין עורכים, 2012)). יישומו של מכלול השיקולים בענייננו הביאני לכלל מסקנה, כי יש להיעתר לבקשה. טעמי יעילות תומכים במובהק במתן רשות ערעור, ותוכיח השתלשלות העניינים המסועפת בבית משפט זה, המתוארת מעלה (ראו והשוו רע"א 2598/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא, פסקה י"ח (2010)). כן נראה, כי בירורה של הבקשה הנוכחית כאן צפוי לייתר חלק נכבד מן השאלות העובדתיות והמשפטיות הסבוכות וכבדות המשקל שמעוררת התובענה, המופיעות בכתבי הטענות עבי הכרס אשר הגישו הצדדים, על נספחיהם הרבים, ואף הוצגו בדיונים שנערכו לפנינו (עניין פתאל, בפסקה 5). אשר להשלכותיה של קבלת התובענה, יש ליתן את הדעת – במכלול השיקולים – אף לסיכווי הערעור, ואלה מצדיקים היעדרות לבקשה דנא לפי התוצאה אשר עליה אמליץ לחברי, והכל כמות שיובהר להלן. ועוד, המערערת עמדה על המשמעויות הכלכליות

הטמונות בעצם ניהולה של התובענה, בשל גובהו של סכום התביעה שאושר בבית המשפט המחוזי, העומד כאמור על 9.5–11 מיליארד ₪. הגם שאין לדידי להלום את הטענה לפיה "די בסכום התביעה כשלעצמו" כדי להיעתר לבקשה, נכון אני ליחס לכך משקל-מה; זאת בודאי הואיל וענייננו בחברה ממשלתית, אשר כספיה בסופו של יום – כספי ציבור הם.

מג. לא אכחד, כי מסקנתי זו אינה חפה מלבטים, ועודני סבור שהיה ראוי כי תושג פשרה בין הצדדים, כמתואר מעלה. ברם, משלא הושגו הסכמות המניחות את הדעת במהלך התקופה בת ארבע השנים מאז הונח התיק לפתחנו, חוששני כי אין מנוס מהכרעה בבקשה לגופה, ולכך ניגש להלן.

על התובענה הייצוגית הצרכנית

מד. תיק זה מייצג במידה רבה את המסד הרעיוני של עולם התובענות הייצוגיות – תובענה שעל פי רוב (לשון זהירה) אין סיכוי שבעולם שתוגש על-ידי "אדם מן היישוב" כתובענה רגילה, שכן השילוב בין סכומה הרלבנטי ליחיד ובין היכולת להוכיח את הכשל שהביא לחיוב-יתר מציב משוכה כמעט בלתי עבירה לטרחת תביעה. תובענה ייצוגית המשלבת עניינם של תובעים רבים, מה שמעלה את כדאיות התובענה, וגם את היתכנות ההתחקות אחר העובדות המורכבות של הפרשה – היא סיפור אחר. בנידון דידן מורכבות ההתחקות אחר העובדות כהוייתן אינה קלה, וכרוכה במאמץ ניכר, שאין סיכוי שבעולם כי תובע פרטי יטול עליו את משאו. נחזור איפוא בתמצית למושכלות ראשוניים: התובענה הייצוגית מאפשרת ליחיד להגיש תביעה בשם קבוצת אנשים כנגד נתבע משותף, לרוב מקום בו סכום התביעה העשוי לעמוד לזכות כל אחד מהם קטן – כאמור – מכדי שיהא לו כדאי לתבוע את הסעד באופן אישי, נוכח העלויות הגבוהות הנלוות להגשת תביעה. לכלי משפטי זה חשיבות מיוחדת בתחום הצרכני, המתאפיין בקבוצות גדולות ובלתי מאוגדות של צרכנים-תובעים מן העבר האחד, ובספקים-נתבעים שהם בדרך כלל חברות גדולות ורבות עצמה, מן העבר השני. מצב זה טומן בחובו חשש, שמא השיטה האדברסרית הרגילה, המניחה שויון בין הצדדים, לא תוכל להושיע תובע אשר נגרם לו נזק מעולה צרכנית, נוכח קיומם של פערי כוחות מובנים בינו לבין הנתבע; ההליך הייצוגי ממזער איפוא את פערי הכוחות באמצעות קיבוצם יחדיו של התובעים, ובכך מסייע להפיג מן החשש האמור:

"החיים המודרניים מזמנים לנו חדשות לבקרים
התפתחויות חברתיות וכלכליות שבמהלכן צמחו גופים
לכלליים רבי עוצמה וכוח המרכזים בידם ייצור, תעשייה
ושירותים לצריכה המונית. 'האדם הקטן' מפתח תלות
באותם גופים, שאת מוצריהם או שירותיהם הוא צורך,

ונחשף לאפשרות להיפגע ישירות מפעילותם. נוצר חוסר שוויון בין מעטים – שהשליטה במשאבים מרוכזת בידיהם – לבין מי שנתון לשליטה זו ללא יכולת של ממש להגן על עצמו ועל האינטרסים שלו. תיקון חלקי של מצב זה ניתן לעשות על-ידי הכרת המשפט בכלי התובענה הייצוגית. ... במסגרת התובענה הייצוגית מתחלף ההליך האדברסרי המתנהל תוך עימות חזיתי בין גירסאות שונות של צדדים מסוימים, ובו נעשה צדק אישי, בהליך של צדק קואופרטיבי קבוצתי" (רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(2) 220, 236 (2003), להלן עניין א.ש.ת., מפי השופטת ט' שטרסברג-כהן; כן ראו סיני דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד" שערי משפט ד(1) 9 (תשס"ה), להלן דויטש, עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית).

מה. ואולם, בצד הרצון ליתן פיצוי ל"לקוח הקטן" במקרים שבהם יתקשה לתבוע את נזקו בעצמו, משרתת התובענה הייצוגית הצרכנית תכליות חשובות נוספות, ולטעמי – חשובות אף יותר, שעניינן הגברת האכיפה של דיני הגנת הצרכן, מזה, ומניעת רווח בלתי מוצדק לנותני השירותים, מזה (דויטש, עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית, בעמ' 22; וראו גם עניין א.ש.ת., בעמ' 237: "תכליתה של התובענה הייצוגית היא למנוע עשיית עושר ולא במשפט על-ידי אותם גופים המתעשרים שלא כדין על חשבון היחידים, המצטרפים לציבור גדול. כמו כן היא אמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי מקום שבו הסנקציה הפלילית-עונשית וסנקציות הרשויות המפקחות אינן מספיקות", מפי השופטת שטרסברג-כהן). תכליות אלה חוברות יחדיו ומשקפות את האינטרס הציבורי הגלום בהליך הייצוגי; ודומה, כי הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שעסקינן בנתבעת שהיא חברה ממשלתית וספקית של שירות חיוני, כבנידון דידן. האינטרס הציבורי מקבל ביטוי מפורש אף בדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות משנת 2005:

"מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק, גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות" (הצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ה-2005 הצעות חוק – הכנסת 93, 232 (26.7.05)).

ועל כך נזדמן לי לומר, באחת הפרשות:

"עינינו הרואות כי המטרה היא ציבורית, לרבות כמובן יעילות דיונית מצרפית; כשלעצמי הייתי מסיר את המלה 'גם' מן המשפט האחרון בדברי ההסבר. ואולם, ידע המחוקק כי מטרה ציבורית זו, עם שהיא ניתנת להשגה

גם בדרכים אחרות, כגון על-ידי עמותות למטרת רווח ויחידים העושים בהתנדבות, כדי שתושג בדרך של תובענה ייצוגית זקוקה למי שישא את המשא על שכמו, והוא לא יעשה כן אם לא יזכה לשכר הולם. עלינו להידרש, כאמור, לאיזון ההוגן כלפי כולי עלמא בכגון דא" (ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריינר (הדס 1987) בע"מ, פסקה ג' לחוות דעתי (2014), להלן עניין פריינר).

הגם שהתובענה הייצוגית היא יצור חדש יחסית בעולם המשפט, וממילא לא נמצאנה במקורות המשפט העברי מעיקרא, נמנו מלומדים והצביעו על האפשרויות לעגנה בו; למשל, על-ידי הכללים בהלכה "הפקר בית הדין, הפקר" ו"הפקר ציבור, הפקר" (ד"ר מ' ויגודה "ויקח קורח... ואנשים מבני ישראל" – התובענה הייצוגית במשפט העברי" פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים) במדבר 157; כן ראו עניין פריינר, בפסקה ו' לחוות דעתי, וע"א 7187/12 צמח נ' אל על נתיבי ישראל, פסקה ע"ה (2014), להלן עניין צמח).

מו. על רקע זה נפנה לבירורן של השאלות המתעוררות בערעור שלפנינו. ויטעם, כי הטעמת הפן הציבורי של התביעה מתחייבת בענייננו ביתר שאת ולא כעיקרון כללי בלבד, בהתחשב באופיין של העוולות הנטענות, וכן במיהותה של הנתבעת, חברה ממשלתית שכמעט כל אדם בארץ נזקק לשירותיה – "יצרנית על".

עילת תביעה אישית

מז. מושכלות יסוד הן, כי קיומה של עילת תביעה אישית מהווה תנאי ראשון לאישורה של תובענה ייצוגית (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 434 (2003), להלן דנ"א ברזני), שכן "תביעה ייצוגית היא מנוף הטעון בסיס ארכימדי", ובהיעדר עילה אישית תהא זו "תלויה ... על בלימה" (ע"א 3955/04 רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה ו(2) (2005)). אשר לנטל ההוכחה הנדרש ממי שמבקש להיכנס תחת כנפיה של התובענה הייצוגית נפסק, כי על התובע לשכנע את בית המשפט שעומדת לו עילת תביעה אישית "במידת הסבירות הראויה" (ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 329 (1997)) – דהיינו, נטל כבד מן הנדרש בתביעה רגילה (ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 103, 136–137 (תשס"ז), להלן קלמנט, ובכלל זה הצעתו להקלת הנטל נוכח המצב הנורמטיבי השורר בעקבות חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, אשר פוטר תובעים מסוימים מן הדרישה וכן מאפשר לבית המשפט להחליף את התובע המייצג במקרה שזה נעדר עילה אישית).

מח. להלן נתיחס לטענות שהועלו ביחס לעילות התביעה הפרטניות אשר נדונו – ואושרו – בבית המשפט המחוזי, ועניינן כאמור איסור הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן, ועשיית עושר ולא במשפט. יוטעם, כי בשלב ראשון זה נעסוק אך בהיתכנות התיאורטית להתקיימותם של יסודות עילת התביעה האישית, וזאת בטרם ניגש לבחינת עמידתם של המשיבים בנטל שעליהם לשכנע, כי השאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה תוכרענה לטובתם.

איסור הטעיה

מט. נפתח בעילת איסור ההטעיה, המעוגנת בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן. הסעיף קובע, כי "לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה)". כן מונה הסעיף מספר חלופות ספציפיות לעניינים, אשר "בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ... כמהותיים בעסקה", וביניהן: "המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר, לרבות תנאי האשראי ושיעור הריבית".

נ. הטעיה צרכנית היא איפוא הצהרה כוזבת, דהיינו – אמירה שקיים פער בינה לבין המציאות (רע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד(1) 600, 607 (2000)), ואשר יש בה כדי להשפיע על בחירותיו של לקוח במהלך עסקיו אל מול ספק או נותן שירות. לעניין זה יוטעם, כי בניגוד להטעיה החוזית המהווה פגם בכריתה ומשכך נוגעת אך למהלך ההתקשרות בעסקה, ההטעיה הצרכנית אינה מוגבלת לשלב הטרם-חוזי גרידא (סיני דויטש דיני הגנת הצרכן – הדין המהותי 120 (2012), להלן דויטש, הגנת הצרכן). כן יצוין, כי הדרישה שלפיה על ההטעיה להתמקד ב"עניין מהותי לעסקה" נובעת, בהיקש מן הכלל "זוטי דברים" הנהוג בדיני העונשין והנזיקין, מן הרצון למנוע תביעות כנגד דברי פרסום ושיווק רבים הכוללים אי אילו "הגזמות והפרזות" כעניין שבשגרה, בלא שתהא בהן הטעיה של ממש (שם, בעמ' 125). גם המשפט העברי מבחין בין שניים: מזה – יפוי מצרך באופן המטעה את הלקוח – "אין מפרכסין... את הבהמה ולא את הכלים הישנים כדי שייראו חדשים" (רמב"ם, מכירה י"ח, ב'; וראו נ' רקובר "הגנת הצרכן" המסחר במשפט העברי פרקים בהגנת הצרכן, הסוחר והנושה (תשמ"ח-1987), להלן רקובר) שהוא אסור, ומזה – יפוי מצרך לשם קידם מכירתו, בהמשך שם "אבל מפרכס החדשים, כדי שישוף ויגהץ וייפה כל צורכו", וכדברי שולחן ערוך הרב מלאדי סעיף י"ח (הערה 62 אצל רקובר) "וכן ליפותם בשאר מיני יפוי, אפילו אם מתעלים בדמים יותר מן השבח שמשביח, הואיל ואין כאן טעות ואונאה, שהמוסיף דמים בשביל יופיין מוחל הוא מדעתו" (וראו גם אביעד הכהן "נְתַגֵּב את לבבי" – על איסור הטעיה, אמת בפרסום, צרכנות הוגנת

ואיסור גנבת דעת" פרשת השבוע 466 (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים, תשע"ז), ומאמרו "וכי זכין לאדם שלא בפניו" – עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי" שערי משפט ד' 153 (תשס"ה), שעיקרו סיווג עקרונות; סדרת מאמריו של א' ורהפטיג "הגנת הצרכן לאור ההלכה" תחומין א' 444 (תש"מ), ב' 470 (תשמ"א), ג' 334 (תשמ"ב), ד' 382 (תשמ"ג); וכן עניין צמח, בפסקה ל"ט). המשפט העברי שניתן באמצעותו לעגן את מוסד התובענה הייצוגית, ובהם המנהג, שיקולי "הצלת עשוק מידי עושקו", "תיקון העולם" ו"שלא ייצא חוטא נשכר".

נא. אשר לתובענות ייצוגיות צרכניות שעניינן איסור הטעיה, נתגבשה דרישה נוספת, ולפיה לא תקום לתובע עילת תביעה אישית בהיעדרו של קשר סיבתי בין הסתמכותו שלו על מצג השווא אשר יצרה הנתבעת לבין הנזק שנטען כי נגרם לו (ע"א 1977/97 ברזני נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, 617 (2001), וראו גם דעת הרוב מפי השופט מ' חשין בדיון הנוסף באותו עניין בדנ"א ברזני, בעמ' 414; לניתוח גישה זו וביטוייה בפסיקה ראו דויטש, הגנת הצרכן, ולביקורת בדבר הכללתה של דרישת ההסתמכות כיסוד מיסודותיה של העילה בהקשר תובענות ייצוגיות צרכניות, ראו סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצגי השוא של המטעה" מאזני משפט ב' 97 (תשס"ב), וכן בראי הניתוח הכלכלי של המשפט אצל יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט לז' 7 (2014)). יוער, כי הפסיקה ריככה מעט את דרישת ההסתמכות הנוקשה, והכירה באפשרות – לפחות מן הבחינה התיאורטית – להסתפק בשרשרת סיבתית פחות ישירה בין הפרסום המטעה לבין הנזק אשר נגרם לצרכן, כדי לזכות את האחרון בפיצוי (דנ"א ברזני, בעמ' 414–415; וראו גם דויטש, הגנת הצרכן, בעמ' 196–199).

נב. במקרה דנא מתמקדת התובענה, כאמור, בדיווחי המערערת בנוגע לעלויותיה בגדרי דיווחיה העיתיים, שעל בסיסם – כנטען – נקבע תעריף החשמל, ובפרט נוגעת היא לסוגיית הכללתם של כספים אשר שולמו – לכאורה, ביתר – הן בגין רכיבי שכר מסוימים והן נוכח הטעות האקטוארית סביב התחייבויותיה הפנסיוניות של החברה. האם יש לראות פעולה זו משום מעשה או מחדל שעלולים להטעות את צרכני החשמל? לאחר עיון ממושך ולא בלי התלבטות, הגעתי לכלל מסקנה כי אין להשיב על השאלה בחיוב. דומה, כי ניתן להשקיף על פעולת המערערת משתי נקודות מבט אפשריות: האחת, מעשה שעניינו הכללתן של עלויות מסוימות בדו"חותיה הכספיים; והשנייה, מחדל המתבטא באי דיווח מלוא העובדות הרלבנטיות הנוגעות לאותן עלויות. ואולם

כך או כך סבורני, כי אין מתקיימים היסודות הנדרשים לשם התגבשותה של עילת איסור ההטעיה.

נג. ככל שנראה בדיווחי המערערת משום מעשה, יש לבחון האם דבר הכללתן של עלויות הטבות השכר והטעות האקטוארית עולה כדי הטעיה צרכנית. לעניין זה נטען בבקשה, כי אין מדובר בהטעיה במובנה ה"קלאסי", אלא בהטעיה עקיפה, שאינה מתאימה להתברר במסגרתה של תובענה ייצוגית. המערערת סומכת ידיה על פסק הדין בעניין בקר, שם נדונה בקשה לאישורה של תובענה ייצוגית כנגד חברת הסלולר סלקום, בגין גבייתם של דמי ביטוח בתוספת מע"מ, בטענה כי שירותים כגון דא פטורים מתשלום מס. באותה פרשה נקבע, כי לא קמה לתובעים עילת ההטעיה הצרכנית:

"מקום שבו לא היה בגילוי כדי להכשיר פעולה מסוימת, לא ניתן לומר כי קמה עילה של הטעיה. כאשר ידוע כי פעולה מסוימת אינה כדין חובת הגילוי מתייתרת ואת מקומה תופסת החובה לנהוג כדין. משכך, יש לתקוף את הפעולה בדרך המלך – לפי הדין האוסר את הפעולה – ולא על-פי עילה עקיפה של הטעיה" (פסקה 14, מפי השופט – כתארו אז – א' ריבלין, ההדגשה הוספה – א"ר).

דומני, כי דברים אלה יפים אף לנידון דידן. אם נניח – לצורך הטענה – כי העלויות האמורות אכן פסולות מיסודן, נוכח קיומן של חריגות שכר או בשל טעות אקטוארית המחויבת תיקון, הדעת נותנת שאין להכיר בהן מעיקרא אף במסגרת קביעתו של התעריף. בנסיבות אלה נראה, כי אפילו היתה המערערת מגלה על דבר הכללתן בדו"חותיה הכספיים, לא היה בכך כדי להכשיר את המעשה בדיעבד, ועל כן אין עילת ההטעיה מהווה האכסניה מתאימה לבירורה של הטענה.

נד. מן העבר השני, ככל שנסווג את הפעולה כמחדל, נראה כי מתעוררת בעיה מסוג אחר, אשר נוגעת לדרישת ההסתמכות. באשרו את התובענה הנוכחית כייצוגית קבע בית המשפט המחוזי, כי דרישה זו נתמלאה בענייננו, הואיל והמשיבים שילמו בעבור צריכת החשמל בהתאם לחשבונות אשר הפיקה המערערת, וזאת בהנחה כי אלה משקפים את התחשיב הנכון של עלויות החשמל, מחמת היות החברה גוף דו-מהותי אשר פועל כדין (לדו-מהותיותה של חברת החשמל ראו בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, 461 (1987), להלן עניין מיקרו דף; בר"מ 1106/04 ועדה מקומית לתכנון ובנייה-חיפה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקה ג' לחוות דעתי (2006); וכן אסף הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי 517–511 (2008). הגם שעל פני הדברים נראה נימוק זה משכנע, אתקשה להלמו בנסיבות. אפילו נצא מן ההנחה, לפיה סבורים צרכני החשמל, ובצדק לטעמי, כי

המערערת מחויבת בסטנדרט התנהגות מעין-ציבורי משום מעמדה כספקית של שירות חיוני, מסופקני אם ניתן ליחס להם ידיעה – ומכל מקום, כזו העולה כדי הסתמכות – לגבי מרכיביו של תעריף החשמל ואופן קביעתו. ונזכיר, כי אין המחדל הנטען מתבטא בפרסום חוצות הלוקה בחסר, או שמא בהשמטת מידע מחשבון החשמל אשר מונפק לצרכנים; לאמיתו של דבר, נוגעת פעולת המערערת למישור היחסים שבינה לבין לקוחותיה רק באופן עקיף. דומה, איפוא כי אפילו נחשפו צרכני החשמל למידע הרלבנטי, לא היה בכך, ככל הנראה, כדי להשפיע באורח משמעותי על התנהגותם (ראו והשוו עניין ברזני, בעמ' 619). בצד האמור נכון אני להניח, בחינת למעלה מן הצורך, כי אפשר שמחדלה הנטען של המערערת הביא ל"שרשרת אירועים" אשר הגיעה בסופו של יום אל הצרכנים וגרמה להם נזק (דנ"א ברזני, בעמ' 415, מפי השופט חשין), וזו עלולה לשמש תחליף לדרישת ההסתמכות הישירה (ראו והשוו ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 10 (2008)). דבר זה שובה לב, ברם אין אנו נדרשים לפסוע בדרך זו, העלולה להיות פתלתלה, נוכח המסקנה כי קיימת במקרה דנא עילת תביעה אישית חלופית מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, אשר תוצג להלן.

עשיית עושר ולא במשפט

נה. פריט 1 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות קובע, כי במסגרת החוק ניתן להגיש "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". עינינו הרואות, כי מדובר בהגדרה כללית, אשר חובקת מנעד רחב של יחסי עוסק-לקוח, ואינה מוגבלת לחוק הגנת הצרכן בלבד (ראו והשוו עניין קו מחשבה, בפסקה 14; כן ראו קלמנט, בעמ' 134–135). משכך אין מניעה לבחינת עילת תביעה אישית בנידון דידן מכוח דיני עשיית העושר (לענין תחולתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט מקום בו חלים אף דברי חקיקה אזרחיים נוספים ראו רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 457–459 (1998); ולדוגמה מן העת האחרונה ראו ע"א 7115/14 סירוגה-ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ (3.7.17), להלן עניין סירוגה-ברניר).

נו. ביסודם של דיני עשיית עושר ולא במשפט מונח הרעיון, כי יש לשלול התעשרות של אדם אחד על חשבון חברו (דניאל פרידמן ואלון שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט – כרך א' 23 (מהדורה שלישית, 2015), להלן פרידמן ושפירא בר-אור). מרעיון זה נגזר העיקרון הכללי, הקבוע בסעיף 1 לחוק עשיית עושר, ולפיו:

"(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת".

משמעות הדבר, כי החיוב בעשיית עושר נעשה מכוח הדין (וזאת, בניגוד למשל לחיוב החוזי, המושתת על רצון הצדדים), בעוד הסעד המבוקש הוא השבת הרווח שהפיק הנתבע על חשבוננו של התובע (פרידמן ופפירא בר-אור, בעמ' 23). מספר שיקולים מנחים את בית המשפט בהחילו את העיקרון הכללי: עצמת זכותו של התובע, אופי הפגיעה באינטרס שלו, התנהגותם של הצדדים, וטיב הפעולה שמכוחה זכה הנתבע ברווח (שם, בעמ' 82); ודוקו – אין שיקול אחד גובר מעיקרא על משנהו, והם ייושמו של אלה ייערך בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

נז. לשיטת המערערת והיועץ המשפטי לממשלה, אין מקום להחלתם של דיני עשיית העושר בענייננו, הואיל וגבייתו של חשבון החשמל מן הצרכנים נערכה כדין – קרי, בהתאם לתעריף בר תוקף – ומשכך לא מתקיימת התעשרות "שלא על פי זכות שבדין". טענה זו נסמכת על פסיקתו של בית משפט זה בעניין קו מחשבה, אשר עסק בתעריף שגבתה חברת בזק בעבור שירותי שיחות בינלאומיות. באותה פרשה טענו התובעים, כי בתקופה שבה היה לבזק מונופול בשוק השיחות הבינלאומית, גבתה החברה את המחיר המרבי שנקבע בשעתו במסגרת תקנות הבזק (תשלומים בעד שירותי בזק המפורטים בתוספת לחוק – שירותים בארץ), תשנ"ו-1996 (להלן תקנות הבזק), ואשר חרג לשיטתם מעלויותיה הממשיות. טענה זו נדחתה בפסק הדין, בנימוק כי בזק גבתה את המחיר מכוח התקנות, ומשכך על פי זכות שבדין, ככל שלא הוטל דופי בחוקיותן של אלה. אף ברע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713 (1998) (להלן עניין עיזבון גת) שעסק בסוגיה קרובה נקבע, כי אין לאפשר תקיפה עקיפה של תקנות הבזק באמצעות תובענה ייצוגית כנגד שיטת החישוב של תעריף השיחות, בהיעדר קיומם של ליקויים היורדים לשורש תקפותן. בכל הכבוד סבורני, כי אין כוחן של קביעות אלה יפה לנידון דידן, הואיל והמערערת אינה מי שקבעה את התעריף, אלא רשות החשמל. ויוטעם, כי אין המדובר בעניין של מה בכך – בפרשות שנזכרו היה עצם קביעתו של התעריף על-ידי בזק (ולפי הנטען, ביתר) המעשה שבגיננו הוגשו התובענות הייצוגיות כנגדה, ואילו במקרה דנא מקורה של התביעה בדבר הכללתן של הוצאות מסוימות בדו"חות כספיים מטעם המערערת, וכשרותה של פעולה זו היא אשר שנויה במחלוקת בין הצדדים.

עסקינן איפוא בשוני מהותי, שכן מעשה הדיווח לרשות החשמל אינו מוגן מעיקרא על-ידי הוראות דין כלשהן, וזאת להבדיל מקביעתו של תעריף החשמל על-ידי הרשות, הנערכת בהתאם לחוק. ועוד, דעת לנבון נקל כי את הביטוי "שלא על פי זכות שבדין" יש לפרש באופן שלא יהיה מגן ומסתור לנתבע או לנתבעת מפני מעשים שהם עצמם שלא כדין, כך שנימצא בתחרות בין שני "שלא כדין". ואוסיף, כי אפילו היה מקורה של העילה בתעריף אשר נקבע על-ידי הרשות, אין בכך בהכרח כדי להפוך את ההתעשרות הנטענת לכזאת שנערכה על פי זכות שבדין, ככל שקביעתו אכן נערכה על יסוד הנחות מוצא שגויות. כבר נפסק, כי הוראה שגויה של רשות מינהלית אינה מבססת זכות שבדין (וראו עניין סירוגה-ברניר, בפסקה 48), והדברים נאמרים בענייננו מקל וחומר, נוכח הטענה כי למערערת עצמה היתה לכאורה השפעה על מהלך קביעתו של התעריף.

נח. בנתון לאמור לא מצאתי כי קמה למערערת אף ההגנה מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין, אשר פוטרת פעולות שנעשו "לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן או ... בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית" מאחריות נזיקית. מסקנה זו היא פרי השכל הישר, נוכח הדמיון הניכר ששורר בין היסוד "שלא על פי זכות שבדין" לבין הסעיף האמור, ואשר מתוסף לקושי העיוני הקיים ממילא בכל הנוגע להחלתן של הגנות נזיקיות בדיני עשיית העושר (להבחנה בין שתי מערכות הדינים ראו פרידמן ופירא בר-אור, בעמ' 143–147, ובפרט לגבי היעדר תחולתו של סעיף 6 לפקודת הנזיקין בעילת תביעה על פי חוק עשיית עושר ראו עניין סירוגה-ברניר, בפסקה 32, וע"א 4154/14 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן, פסקה 34 (16.5.17)), להבדיל מתחולתן העקרונית לעניין עוולות ה"מיובאות" מדברי חקיקה אחרים, כגון עילת איסור ההטעיה (וראו סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן, וכן עניין עיזבון גת, בעמ' 717, ועניין קו מחשבה, בפסקאות 11–13). ענייננו איפוא בשאלה האם פעלה המערערת כדין מקום בו דיווחה לגבי העלויות האמורות, ודומה כי זו אינה מציבה בפנינו קושי תיאורטי מיוחד, לכל הפחות בשלב הנוכחי של הדיון, אשר עוסק כאמור בעצם קיומה של עילת תביעה אישית.

נט. יתר על כן סבורני, כי בכוחם של דיני עשיית העושר לגבור על אותם קשיים שמנינו מעלה ביחס לעילת התביעה של איסור הטעיה, ואשר נובעים מן הסיבתיות העקיפה המאפיינת את מערכת העובדות הנתונה לפתחנו. נזכיר, כי בבסיס תביעתם של המשיבים כנגד המערערת מונחת הטענה לפיה פעלה האחרונה שלא כדין, שעה שכללה בעלויותיה המדווחות רכיבי שכר חורגים אשר שילמה לעובדיה, וכן כספים עודפים שהוצאו בגין טעויות בהערכתה לגבי התחייבויותיה הפנסיוניות. משנקבע תעריף החשמל – המהוה, כאמור, מקור הכנסתה היחיד של המערערת – על יסודן של עלויות

אלה, נטען כי הצרכנים שמשלמים לאורו (תרתי משמע) את חשבון החשמל הם הזכאים להשבת הרווחים אשר הופקו נוכח הדיווח. יוטעם, כי אין בעובדה שההתעשרות נבעה מפעולה אשר אינה נוגעת ישירות לצרכנים כדי לעמעם את חובתה של המערערת להשיב את הרווחים האמורים, ככל שאכן הושגו בניגוד לדין. חובה זו נגזרת בראש וראשונה מן העיקרון כי לא ייצא חוטא נשכר, ואשר מכוחו מוכרת זכותו של אדם בעל קרבה מספקת לתבוע השבת רווח אשר הופק ממעשה פסול (פרידמן ופירא בר-אור, בעמ' 684); וזאת, אף במקרים שבהם יש קושי להוכיח כי התעשרותו של הנתבע נעשתה "על חשבוננו" הישיר של התובע (וראו ע"א 8728/07 אגריפרס אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון, פסקה 40 (2010), להלן עניין אגריפרס).

ס. מכל מקום, ברי כי לפנינו שאלה מובחנת – האם יש לראות את צרכני החשמל כבעלי קרבה מספקת לעשיית הרווח, וזאת כמובן ככל שאכן תימצא פסולה. שאלה זו מורכבת בתורה ממספר שאלות-משנה, עובדתיות ומשפטיות כאחד: האם וכיצד השפיעו דו"חותיה הכספיים של המערערת על קביעתו של תעריף החשמל הרלבנטי; כלום היה על המערערת להימנע מדיווח על חלק מהוצאותיה – הללו שהוצאו שלא כדין – ומשלא עשתה כן, דבק בה רבב; והאם יש להבחין לעניין זה, בין העלויות שמקורן בשכר העובדים לבין העלויות אשר נבעו מן הטעות האקטוארית סביב התחייבויותיה הפנסיוניות. דומני, כי אף לא אחת מן השאלות הללו מעוררת, על פניה, קשיי ניתוח העלולים להוות מכשול בפני המשך בחינתם של התנאים לאישור התובענה דנא כייצוגית. אדרבה, דיני עשיית העושר – ובפרט העיקרון שלא ייצא חוטא נשכר – משתלבים היטב עם תכליתו הציבורית של מוסד התובענה הייצוגית (ראו עניין א.ש.ת., בעמ' 237, דויטש, עשור לתובענות ייצוגיות, בעמ' 22, וכן אצל אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים: בעקבות פסק-הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" מחקר משפט כא 387, 401 (2004)), ועל כן אך טבעי לילך בדרך אשר יתוו אלה בעבורנו.

סא. סיכום ביניים: הגעתי איפוא לכלל מסקנה, כי צדק בית המשפט המחוזי בקבעו שעומדת למשיבים עילת תביעה אישית הנכללת בגדרי התוספת השניה לחוק, מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר.

יתר התנאים לאישורה של תובענה ייצוגית

סב. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות פורט ארבעה תנאים לאישורה של תובענה כייצוגית, בהינתן קיומה של עילת תביעה אישית:

- "(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב".

הואיל וענייננו בערעור על החלטה לאשר את התובענה כייצוגית, אין אנו נדרשים לבחינתו של כל תנאי לגופו. נתמקד איפוא בתנאים אשר התקיימותם נתונה במחלוקת בין הצדדים.

קיומן של שאלות משותפות ואפשרות סבירה כי תוכרענה לטובת הקבוצה

סג. התנאי הראשון לאישורה של תובענה כייצוגית, ולעתים קרובות – המרכזי מבין התנאים, מחייב שתהיינה שאלות מהותיות משותפות לכלל חברי הקבוצה, ואשר קיימת אפשרות סבירה כי אלה תוכרענה לטובתה. במקרה דנא אין עוררין בדבר עצם קיומן של שאלות משותפות, נוכח העובדה שהתובענה הנוכחית מופנית כנגד התנהגות אחת ומובחנת של המערערת (וראו קלמנט, בעמ' 140), ועניינה – כאמור – הכללתן של עלויות מסוימות בדיווחיה הכספיים, ואשר השפיעה על כלל חברי הקבוצה, בהיותם צרכני חשמל. טענות הצדדים התרכזו איפוא בתנאי שבסעיף 8(א)(1) סיפא, הנוגע למידת הסבירות כי שאלות אלה תוכרענה לטובת המשיבים. תנאי זה מהווה אמנם חלק אינטגרלי מן הפיקוח ב"שבע עיניים" על שלבי אישורה של התביעה הייצוגית (וראו עניין פריינר, בפסקה ט"ז), אולם אל לבית המשפט לזנוח את האיזון שקבע המחוקק ולהחמיר עד לקצה בפרשנותו של המונח "אפשרות סבירה" (עניין עמוסי, בפסקה 15; וראו רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 787 (1996): "אין להפוך את הפרוזדור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו, להליך זה, להיות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית", מפי הנשיא א' ברק). שבע עיניים כן, כדי למנוע ניצול לרעה של מוסד התובענה הייצוגית; לא נעילת הדלת בפני תביעות. בנתון לאמור, נבחן את הטענות כסדרן.

סד. בפתח הדיון בתנאי זה, ראיתי לנכון להידרש לטענה שהועלתה בתגובתו האחרונה של היועץ המשפטי לממשלה, מיום 12.2.17, ולפיה נתבססה החלטתו של בית המשפט המחוזי על הנחת היסוד השגויה, כי תעריף החשמל נקבע בצמידות

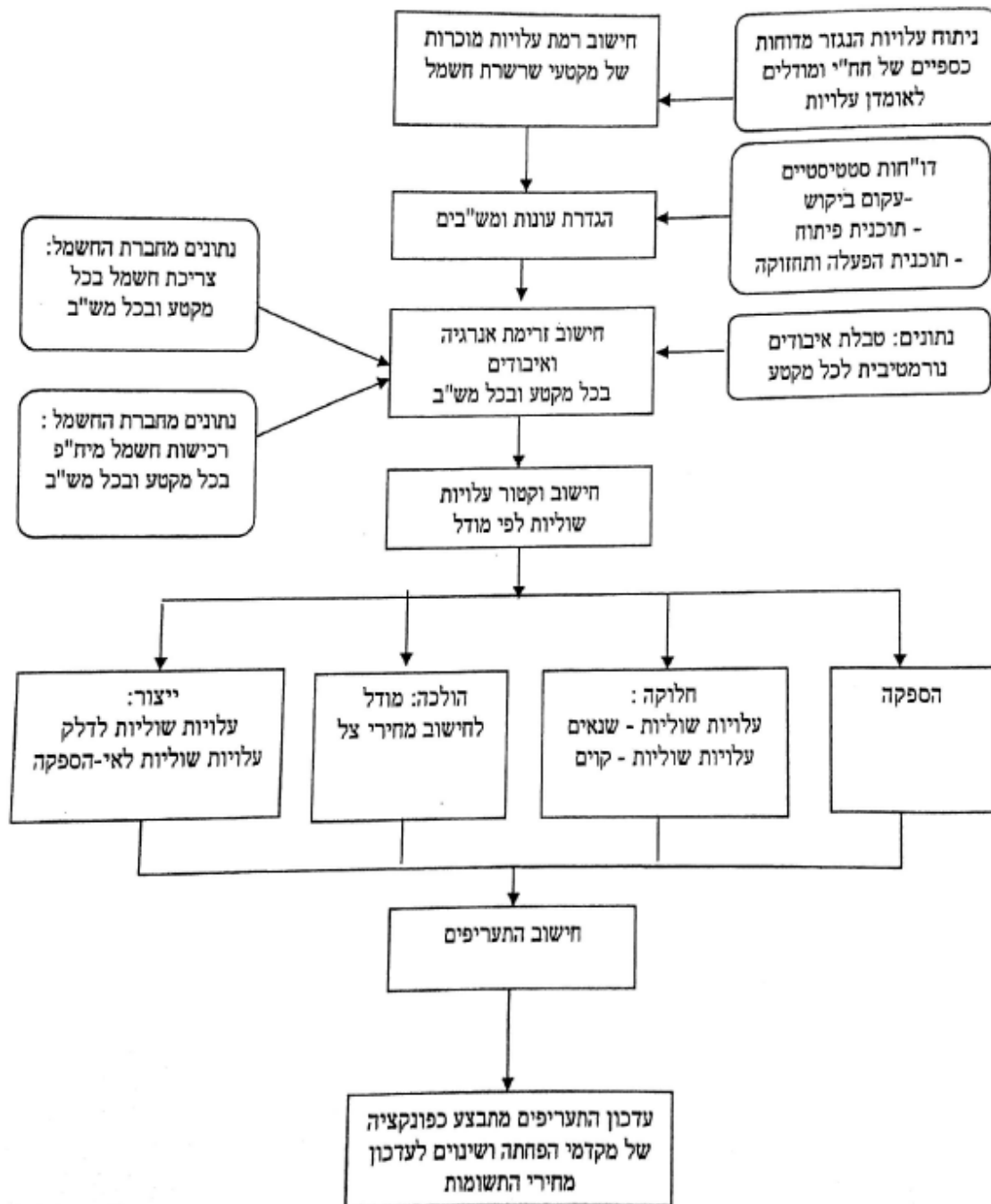
לדיווחי המבקשת, ומכאן שכל תיקון בדו"חותיה הכספיים מחייב בהכרח את עדכוננו. נטען, כי בפועל נקבע התעריף על בסיסן של עלויות נורמטיביות, מתעדכן לפי נוסחה הקבועה מראש, וכן מביא בחשבון הפחתת עלויות הדרגתית בהתאם למקדם התייעלות. לא אכחד – טענה זו שובת לב עד מאוד על פניה, ובמיוחד בבואה מטעם היועץ המשפטי, אך בסופו של יום חוששני כי אין בידי להלמה.

סה. אין חולק, כי מהלך קביעתו של תעריף החשמל סבוך. עיון חטוף בספר התעריפים המקיף, המונה למעלה ממאה עמודים, מספיק כדי להעיד על כך. אף מוסכמת על הכל העובדה שרשות החשמל בקבעה את התעריף אינה נשענת באופן בלעדי על דיווחיה של המערערת, כי אם מחשבת את עלויותיה מבחינה נורמטיבית, ואלה הן המכתיבות – הלכה למעשה – את מחירו של החשמל בעבור הצרכן. ברם, וזה כמדומני העיקר, נקודת המוצא לקביעתן של אותן עלויות מצויה בדו"חות הכספיים השנתיים שמגישה המערערת. משכך, קשה להסכין כי אין כל חשיבות לדיווחי המערערת מעיקרא; ככל שדיווחה ביתר, הדעת נותנת כי העלויות הנורמטיבית יחושבו בהתאם, וכך אף אם דיווחה בחסר. דומה, בחינת פשיטא, כי האמור נכון אף ביחס למקדם ההתייעלות; ככל שנקבע התעריף בנתון להצהרת המערערת בדבר עלויותיה, אין יסוד להניח כי הפחתת העלויות ההדרגתית מתוקף המקדם לא תיערך לפי המחיר המקורי שנגזר כתוצאה מאותה הצהרה, ואשר נתפס – נכון למועד קביעתו – כשיקוף של עקרון העלות. היגיון זה ניכר בבירור אף בפרק ה' לספר התעריפים, העוסק במבנה התעריף ובמתודולוגיה שלפיה נקבע. כך נאמר בסעיף 10.1 שכותרתו "תיאור שיטת קביעת התעריפים":

"רמת העלויות מבוססת על עלויות נורמטיביות הנגזרות מהדו"חות הכספיים [של המבקשת – א"ר] וממודלים שונים לאומדן עלויות מוכרות במהלך תקופת הבוחן" (ההדגשה הוספה – א"ר).

ביטוי מוחשי לדבר הישענותם של תחשיבי הרשות על נתונים מטעם המערערת מצוי בתרשים שמתאר את שיטת חישוב התעריפים, המופיע תחת אותו סעיף בעמ' 35:

איור 4 שיטת חישוב תעריפים



מבט בתיבה הימנית העליונה מלמדנו, כי תחשיב רמת העלויות המוכרות של מקטעי שרשרת החשמל מתבצע אמנם בכפוף למודלים לחישוב עלויות, אולם מבחינת הנתונים נשען בפועל באופן כמעט בלעדי על דו"חותיה הכספיים של המערערת, המכונה כאן חח"י – חברת החשמל לישראל. ברי, כי "ניתוח עלויות הנגזר מדוחות כספיים של חח"י" – כאמור בתרשים – מושפע בין השאר מנתונים בדבר חריגות שכר

ופנסיה, ככל שהיו, ומכאן ההשפעה אף על "חישוב התעריפים", המופיע בתחתית התרשים.

סו. יתר על כן סבורני, כי אין הכרח בעמידה על השפעתם המדויקת של דו"חות המערערת לגבי עלויותיה על המחיר אשר שילמו הצרכנים לשם חיובה בהשבה, כדי לקבוע – בדרגת אפשרות סבירה – שאכן התעשרה כתוצאה מן הדיווח. קיומו של קושץ הכרוך בהערכת ההפסד הקונקרטי אשר נגרם למשיבים, כעולה מעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, אינו מצדיק כשלעצמו את הותרתם של רווחי ההתעשרות בידי המערערת; זאת, הגם שעלולות להיות לכך השלכות במישור קביעת הסעד, במסגרת בירורה של התובענה לגופה. בנוסף, בנסיבות מעין אלה יש ליתן משקל אף לתכלית ההרתעתית של ההשבה בענייננו, הנגזרת מן העיקרון שלא ייצא חוטא נשכר, ומן הערכיות המוסרית שאין עשייה "כבתוך שלך" בכספי ציבור. יפים לעניין זה דברי המלומדים פרידמן ופירא בר-אור:

"...הרעיון המונח ביסוד עיקרון זה [שלפיו אין חוטא נשכר – א"ר] גורם, לא אחת, להכרה בזכותו של האדם, אשר האינטרס שלו הוא בעל קירבה מספקת לאירוע הפסול, לתבוע השבת רווח שהופק שלא כדין. זאת, אף אם הרווח לא הופק 'על חשבוננו'. השבה בנסיבות אלה משרתת מטרה דומה לזו של פיצוי עונשין. ... זוהי תוצאה נלווית למטרה המרכזית, שהדין מעוניין בה, והיא הרתעה מפני המעשה שביצע הנתבע ושלילת הרווח שהפיק. אולם מניעה של 'ההשבה ההרתעתית' חזקים מאלה של 'הפיצויים ההרתעתיים', שכן התופעה של חוטא נשכר מקוממת יותר מזו של חוטא שלא נענש" (פרידמן ופירא בר-אור, בעמ' 683; וראו גם עניין אגריפרם, בפסקאות 40–41; עוד ראו בהקשר דומה עופר גרוסקופף "התעשרות מנטילת רכוש הזולת" 99 דניאל 761 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008), שם מוצע למפות מחדש את אחת מן העילות המרכזיות בדיני עשיית העושר בהתאם לתכליות השונות אשר עומדות בבסיס ההשבה, וביניהן הרתעת הנתבע והבטחת הפנמה של הנזק שנגרם על-ידיו).

משעמדנו על הבסיס התיאורטי, נפנה עתה לבחון האם הוכיחו המשיבים – כאמור, בדרגת אפשרות סבירה – כי יש לחייב את המערערת בהשבת הכספים אשר נטען שנגבו ביתר מצרכנים, בעקבות דיווחים שערכה ביחס לעלויותיה.

סז. אומר כבר כאן, לא מצאתי יסוד להשבה נוכח דיווחי המערערת בדבר העלויות שמקורן בטעות האקטוארית סביב התחייבויותיה הפנסיוניות. הסיבה לכך נעוצה בעמדה שהוצגה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, המעלה לדידי ספקות של ממש באשר להתעשרותה של המערערת כתוצאה מן הטעות, וממילא אף ביחס להשפעתו של היעדר הדיווח לגבי העלויות שנכרכו בה על גובהו של התעריף; וזאת, לצד הקושי האינהרנטי להעריך במדויק כיצד מיתרגמים הדו"חות הכספיים לכדי עלויות נורמטיביות, שעליו עמדנו מעלה. יוזכר, כי על פי עמדת היועץ – הנסמכת, כאמור, על בחינה מעמיקה שנערכה ברשות החשמל מאז הגיע התיק לפתחנו – נמצא שאין מקום להשיב לצרכנים את הסכום אשר סווג כהפרשה במסגרת ההצגה מחדש של דו"חות המערערת בתחום התחייבויותיה הפנסיוניות, נוכח היווצרותו של חוב גבוה יותר, כלפי החברה, ביחס לרכיב זה. ואכן, עיון בהצעת ההחלטה של הרשות מיום 12.12.16, הנזכרת מעלה בפסקה ל"ה, מלמד כי בסופו של יום לא קצרה המערערת רווחים כתוצאה מן הטעות האקטוארית, חרף העובדה שנתגלה חוב נקודתי לטובת הצרכנים בעקבות ההצגה מחדש של דו"חותיה. אדרבה, דומה כי מדובר בשגיאה אחת מיני רבות אשר השפיעו באופנים כאלה ואחרים על דבר קביעתו של הרכיב הפנסיוני במכלול עלויות המערערת. נראה, איפוא, כי לא עלה בידי המשיבים להוכיח בדרגת אפשרות סבירה, שהמערערת אכן התעשרה כתוצאה משגיאה בודדת (ויש לקוות כי תישאר בבדידותה). כן יש ליתן את הדעת – נוכח הטעמים ההרתעתיים של פסיקת השבה בענייננו – אף על התנהגותה של המערערת (וראו פרידמן ופירא בר-אור, בעמ' 684); הגם שקיומן של טעויות אשר גובהן נאמד במיליארדי שקלים מצער כשלעצמו, וזאת במיוחד בהתחשב בתפקידה המרכזי במשק, לא עלה בידי המשיבים להראות כי היתה מודעת לשגיאות אשר נפלו בדיווחיה.

סח. עוד יצוין, כי השבת העלויות שמקורן בטעות האקטוארית מעוררת קושי נוסף, אשר נובע מסוגית לוחות הזמנים, ונוגע למידת השפעתן הקונקרטית על דבר קביעתו של התעריף הרלבנטי לענייננו. בתגובתו האחרונה הטעים היועץ, כי לפי בחינת הרשות החלה העליה בהתחייבויותיה הפנסיוניות של המערערת כתוצאה מן הטעות – ואשר בגינה נתבעה, כאמור, ההשבה – אך בשנת 2003, בעוד שתעריף החשמל נשוא ענייננו נקבע בשנת 2002, וזאת על בסיסם של דו"חות כספיים משנת 2000. ונזכור, כי עסקינן בהתחייבות "מתגלגלת" שבאה לידי ביטוי ארוך טווח בחישובי עלויותיו של הרכיב הפנסיוני, ואשר התעדכנה בעקבות הבדיקה המעמיקה שנערכה על-ידי הרשות זה לא כבר. מכאן, שאפילו היה דבר התעשרותה של המערערת נהיר בענייננו, מסופקני אם

ניתן לקבוע כי צרכניה אכן מימנו את הרווח, נוכח המסקנה המסתברת לפיה לא הושפע התעריף הרלבנטי מעיקרא כתוצאה מן הטעות.

הטבות השכר

סט. לא אלה פני הדברים באשר לעלויות שמקורן בהטבות השכר. ראשית דומה, כי ניתן לומר שישנה אפשרות סבירה לפיה המערערת אכן התעשרה כתוצאה מעצם הכללתן של עלויות אלה בדו"חותיה הכספיים, הואיל ואין מתעוררים סימני שאלה בדבר משמעותו של הדיווח לגביהן על מהלך קביעתו של תעריף החשמל. כך, בניגוד לטעות האקטוארית, שהשפעתה על עלויות המערערת החלה ליתן אותותיה אך בשנת 2003 – קרי, בתקופה שלאחר קביעתו של התעריף הרלבנטי – עניינו בתנאי שכר אשר קיבלו עובדי החברה במשך תקופה ארוכה, ובאו לידי ביטוי בדו"חותיה הכספיים משנת 2000, שעל בסיסם כאמור חושב התעריף. כן יוער, כי להבדיל מן המורכבות המאפיינת את נושא ההתחייבויות הפנסיוניות, ואשר מקשה עוד יותר על חישוב "נקי" של העלויות הכרוכות ברכיב זה, עסקינן בסוגיה פשוטה למדי: המערערת השקיעה כספים בתשלום הטבות שכר מסוימות לעובדיה, שלימים הוחלט כי אינן קבילות; משדיווחה על העלויות האמורות ואלה הוכרו במסגרת התעריף אשר מכתב את מחיר חשבון החשמל המשולם על-ידי הצרכנים, ברי כי הצרכנים הם הם שמימנו את שוי ההטבה. נראה, כי אף הדרישה אשר הוצגה על-ידי הממונה על השכר להשבת הכספים מן העובדים, תומכת במסקנה זו. אילו השיבו העובדים את הכספים לידי המערערת כנדרש, מן הסתם היה עליה לדווח על החזרן של עלויות אלה, באופן אשר היה אמור, בשלב כזה או אחר, להשתקף בתעריף המתעדכן מעת לעת; משמע, הצרכנים היו מקבלים בחזרה את כספם בשלב כלשהו לאורך הדרך, כפי שמעידה הבדיקה אשר נערכה על-ידי רשות החשמל לגבי כספי הטעות האקטוארית. ובהקשר זה נשוב ונטעים, כי אין הכרח בעמידה דקדקנית על אופן השפעתו הקונקרטי של דיווח עודף על גובהו של התעריף, כדי לראות את הצרכנים כמי שמימנו את רווחי המערערת, ברמת אפשרות סבירה (וראו פסקה ס"ה מעלה); ומי אם לא הצרכנים ראויים להגנה באמצעות תובענה ייצוגית.

ע. שנית, וכיון שהדברים כרוכים אלה באלה, דומני כי אין מנוס מן המסקנה, אף היא בדרגת אפשרות סבירה, לפיה היתה התעשרותה של המערערת בנסיבות דנא בניגוד לדין. עניינו – כאמור – בכספים אשר השקיעה המערערת לטובת תשלומם של רכיבי שכר מסוימים לעובדים וגמלאים בחברה. רכיבים אלה – שהוגדרו חריגים על-ידי מבקר המדינה, כמתואר מעלה בפסקה ו' – נבחנו על-ידי הממונה על השכר, מתוקף סמכותו לאשר שינויים בשכר לפי סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, והוא מצא כי יש

לבטלם לאלתר ואף לחייב את העובדים בהשבת הסכומים שקיבלו בגין ההטבות. למען הבהירות, נביא מתוך החלטת הממונה מיום 21.8.06 הנזכרת בפסקה ח' מעלה, שבמסגרתה נקבע כי על המערערת לתקן שורה של חריגות שכר, נוכח כשלון המגעים עמה בניסיון להגיע להסדר מוסכם:

"מאז שנת 2000, בעקבות ממצאים קשים שפורסמו בדו"ח מבקר המדינה לעניין תוספות השכר החריגות המשולמות לעובדים בחברת החשמל, החל תהליך של בדיקה משותפת על ידי רשות החברות הממשלתיות (להלן: "הרשות") ואגף הממונה על השכר באוצר. מתוצאות הבדיקה הוברר, כי על פני הדברים, חלק ניכר מתוספות השכר המשולמות לעובדי חברת החשמל הוסכמו והונהגו במהלך השנים בחריגה מן המקובל בקרב כלל עובדי המדינה, ובלא אישורו של הממונה על השכר, ולפיכך הן מנוגדות להוראות חוק יסודות התקציב. בבחינת למעלה מן הצורך אוסיף, שתוספות השכר הנ"ל אף לא אושרו על ידי הרשות" (ההדגשות הוספו – א"ר).

דברים אלה, חוששני, אינם צריכים לפרשנות מרחיקת לכת. אדרבה, דומה כי ענייננו בהחלטה חד משמעית, ולפיה הטבות השכר אשר ניתנו לעובדים וגמלאים במערערת חרגו מן המקובל במגזר הציבורי, ומשכך נגדה הענקתן את הוראות הדין. אף הסיפה של ההחלטה, בה נקבע כאמור כי על המערערת לחדול מתשלומים אלה וכן לגבות מעובדיה את השבת הכספים, אינה מותירה לדידי מרחב ניכר לספקות. משכללה המערערת את עלויותיהן של הטבות השכר החריגות במסגרת דו"חותיה הכספיים, ואלה קיבלו ביטוי בתעריף הרלבנטי אשר נקבע על-ידי רשות החשמל, ניתן לקבוע – ברמת אפשרות סבירה, למצער, והאמור מתחייב אף בגדר השכל הישר – שהיה בכך משום התעשרות שלא כדין; דברים כפשוטם.

עא. אשר לטענה כי החלטות הממונה על השכר אינן משקפות את הכרעתו הסופית בדבר אי חוקיותם של רכיבי השכר, נוכח אישור ההסכם הקיבוצי משנת 2011 על-ידיו, סבורני שאין להלמה. אכן, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, אישורו של הממונה להסכם הקיבוצי מהווה "המלה האחרונה" בנוגע להטבות השכר, וזו באה חלף החלטותיו הקודמות בנושא. כן נטען, כי קביעה שיפוטית שלפיה הטבות אלה שולמו בניגוד לדין, חותרת תחת סמכותו של הממונה.

עב. הסמכות לאשר חריגות שכר – שהואצלה לממונה מידי שר האוצר – מעוגנת כאמור בסעיף 29(א) לחוק יסודות התקציב, הקובע כך:

"גוף מתוקצב או גוף נתמך לא יסכים על שינויים בשכר, בתנאי פרישה או בגימלאות, או על הטבות כספיות

אחרות הקשורות לעבודה, ולא ינהיג שינויים או הטבות כאמור, אלא בהתאם למה שהוסכם או הונהג לגבי כלל עובדי המדינה או באישורו של שר האוצר..."

אכן, סעיף 29(א) קובע הסדר קוגנטי, אשר נועד להתערב במערך החוזי למען הבטחת יציבות המשק (בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749, 788 (1995)). חוק יסודות התקציב היה חלק מתנאי הבראת ישראל לאחר המגה-אינפלציה במחצית הראשונה של שנות השמונים למאה הקודמת. כיבודו קדוש ייאמר לו במונחי יציבות הכלכלה והאחריות התקציבית. בצד האמור כבר נפסק, כי אין ההסדר עצמו מונע את האפשרות לתבוע השבה בדיני עשיית העושר:

"אכן, חוק יסודות התקציב מכוון לשלול את זכותם של צדדים לחוזה הנוגד את הוראותיו. חוק יסודות התקציב אינו מכוון לאפשר לצד אחד להתעשר על חשבון של האחר. חוק יסודות התקציב אינו נוקט גם כל עמדה, אם ראוי הוא לאפשר לצד הנדרש להשבה להעמיד הגנות הנתונות לו על-פי דיני עשיית עושר ולא במשפט. אכן, הכרה בזכות ההשבה – ובהגנות מפניה המונעת התעשרות שלא כדין, אינה פוגעת במדיניות המונחת ביסוד הוראות החוק. הגשמת צדק בין הצדדים בדין ההשבה אינה פוגעת במדיניות המונחת ביסוד חוק יסודות התקציב. זאת ועוד: לעתים היא אף עשויה לסייע למדיניות זו. טול מעביד אשר העביר לעובדו סכומי כסף, מעבר למותר על-פי סעיף 29 לחוק יסודות התקציב. הכרה בזכותו של המעביד לקבל סכומים אלה חזרה אינה פוגעת במדיניות החוק, ואף עשויה לקדם מדיניות זו. אמת, אפשרות ההשבה עשויה לעודד צדדים לחוזה ליטול 'סיכונים' בכריתתו, בידעם כי אפילו יבוטל החוזה, תינתן השבה באופן שהם יחזרו למצב שבו היו נתונים בטרם נכרת החוזה. אך כנגד זאת עומדת סמכותו של בית המשפט למנוע השבה. בכך נוצר איזון ראוי בין השיקולים של המשפט הציבורי לבין שיקולי הצדק של הצדדים, המאפשר הכרה בזכות ההשבה" (שם, בעמ' 788–789, מפי הנשיא ברק; ההדגשות הוספו – א"ר).

חלפו למעלה משני עשורים מאז נכתבו דברים אלה; ראוי להזכירם כיום. התכלית החדה והברורה ביסודו של חוק יסודות התקציב, מניעת הפקרות ואיש הישר בעיניו יעשה בכספי ציבור למיניהם, עודנה עמנו, לרבות בתיק זה. משכך דומני, כי לא נפלה שגגה בקביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה אין ההסכם הקיבוצי פוגע בזכותם של המשיבים להשבה בנידון דידן, ובפרט משעסקינן בצרכנים, המהוים אך צדדים שלישיים. ודוקו – אין באמור כדי לגרוע מסמכותו של הממונה, שכן תפקידו לודא אחידות גישה בנושאי שכר בהקשר התקציבי בין המגזר הציבורי לבין גופים הנתמכים מתקציב המדינה (ע"א 2920/90 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 397, 409 (1991), ע"א 9657/03 מגן דוד אדום

בישראל נ' הממונה על השכר והסכמי עבודה במשרד האוצר, פ"ד נח(6) 794, 814 (2004); כן ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית 464 (מהדורה שניה, 2010), וזאת במבט צופה פני עתיד. כך נעשה אף בנידון דידן, וראו סעיף 5 לנוסח החלטת הממונה בדבר אישורו של ההסכם הקיבוצי נשוא ענייננו:

"למען הסר ספק מובהר, כי אין באישור זה כדי להוות אישור לרכיבי שכר או לכללי תשלומם, כפי שהוסכמו או שהונהגו בחברת החשמל ערב חתימת ההסכם שבנדון ... ככל שהם אינם עולים בקנה אחד עם הוראות סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985".

איני סבור איפוא, כי היה באישורו של הממונה כדי לאיין מניה וביה את אפשרות הצרכנים לתבוע – לאחר – את המערערת מחמת התעשרותה, כתוצאה מהכללתן של עלויות רכיבי השכר שנמצאו חריגים בדו"חותיה הכספיים; והדברים מקבלים משנה תוקף גם נוכח תזמונו של ההסכם, אשר נחתם כזכור למעלה משנה לאחר הגשתה של התובענה הנוכחית. השבה בנסיבות אלה עולה לדידי בקנה אחד אף עם תכליתו של סעיף 29 "למנוע העלאות שכר בלתי מרוסנות" בגופים ציבוריים" (בג"ץ 5133/06 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הממונה על השכר והסכמי העבודה במשרד האוצר, פסקה 6 (2009), מפי השופט ע' פוגלמן); העובדה שחריגות השכר "הוכשרו" בדיעבד באמצעות ההסכם – ובעניין זה אין ספק באשר למודעותה של המערערת לטיבן בזמן אמת, שעה שהעבירה דיווחיה לרשות כך, נוכח החלטות הממונה – אינה מצדיקה ליתן פטור למערערת מהשבת הכספים לציבור הצרכנים אשר נשא בעלויותיהן (ראו והשוו עניין טירוגה-ברניר, בפסקה 48). בעניין אחר של השבה נזדמן לי להצטרף לחוות דעתו של הנשיא גרוניס בדנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית (2015) ולהוסיף:

"מצטרף אני אף להשקפת חברי, ומטעמיו כי יש מקום להכיר בעילת השבה כעילה עצמאית מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. אוסיף, כי לדידי הדבר הוא בחינת פשיטא, תואם את הדין ואת השכל הישר. הרשות שגבתה בחוסר סמכות כמו שלחה ידה לכיסו של התושב ונטלה מכספו, ולולא דמסתפינא הייתי אומר שקרובים הדברים לנטילה בכוח, שהרי בידי הרשות כוח השלטון לאכוף, ולא רבים מן התושבים מפשפשים בקרבי הסמכות. אם כן מה עשתה הרשות, אם לא עושר שלא במשפט, ומכאן התורה הבסיסית של השבה, בגדרי הגינות וצדק" (פסקה י"א לחוות דעתי, ההדגשות במקור – א"ר; על חובת ההשבה במשפט העברי במקרה שנעשה עושר ולא במשפט ראו יהונתן בלס (בהשתתפות מיכאל ויגודה) עשיית עושר ולא במשפט – ונלווה לו בניה ונטיעה

במקרקעי הזולת 10–12 (בעריכת נ' רקובר, תשנ"ב-1991), בין היתר בגדרי "עושה סתירה בפרתו של חברו" (בבא מציעא ל"ה, ע"ב; וראו בהרחבה לעניין זה נ' רקובר עושר ולא במשפט – הנהנה מנכסי חברו בזכות ושלל בזכות (תשמ"ו-1987), בעמ' 43 ואילך).

התאמתו של ההליך הייצוגי לבירור התובענה

עג. נוכח המסקנה בדבר קיומה של אפשרות סבירה כי השאלות המשותפות אשר נוגעות לראש התביעה שעניינו בהטבות השכר תוכרענה לטובתם של המשיבים, בלא שניטע מסמרות, נותרה איפוא משוכה אחרונה בפני אישורה של התובענה הנוכחית – היות התביעה הייצוגית הדרך היעילה וההוגנת ביותר לפתרון המחלוקת. בכואו לבחון את מידת התאמתו של ההליך הייצוגי לבירור התיק שלפניו, על בית המשפט לשקול – בין היתר – את היתרונות והחסרונות אשר גלומים באישורה של התובענה, אל מול אפשרויות משפטיות חלופיות (עניין פריינר, בפסקה 75, וכן ראו קלמנט, בעמ' 145), תוך התייחסות לשאלות שבמדיניות, הנוגעות להשלכות רחבות ההיקף של ניהול התובענה. הואיל וחלק מן הסוגיות הרלבנטיות בהקשר זה כבר נדונו מעלה בהרחבה אגב הדיון בעילת התביעה האישית (וראו פסקה נ"ח, בדבר תחולתו ונפקותו של סעיף 6 לפקודת הנזיקין (נידון דידן)), נתמקד להלן בהשגות מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה כנגד השימוש במסלול הייצוגי חלף פניה לאפיקים מינהליים.

עד. לשיטת היועץ, אישורה של התובענה כייצוגית יהא בו משום התערבות שיפוטית בלתי רצויה בשיקול דעתה של רשות החשמל, ומשכך עלולה לערער על סמכויותיה הרגולטוריות באשר למהלך קביעתו של התעריף. דומה, כי ביסודה של הטענה מונחת הנחה רחבה יותר, ולפיה מהוה ההליך המינהלי הנתיב הבלעדי לבירורן של תביעות כגון דא, אשר בהן התעשר ספק על חשבון לקוחותיו שעה שפעל בעודו נתון לפיקוח רגולטורי. לעניין זה סומך היועץ ידיו על הדוקטרינה האמריקנית *Filed Rate Doctrine*, הקובעת מגבלה גורפת בדבר בירורן של תביעות אזרחיות (ובכלל זה, תביעות לאכיפה פרטית בתחום ההגבלים העסקיים) אשר מופנות כנגד תעריפים הנתונים לפיקוח רגולטורי. על פי הדוקטרינה, לא יינתן סעד כספי מקום בו נתקף מחיר שנגבה לפי תעריף המפוקח על-ידי הרשות (Kaleigh Powell, 'A Nuanced Approach': How Washington Courts Should Apply the Filed Rate Doctrine, 92 WASH. L. REV. 481, 482 (2017); להלן *Powell*; כן ראו Kevin M. Decker, *The Filed-Rate Doctrine: Leaving Regulation to the Regulators*, 34 WM. MITCHELL L. REV. 1351 (2008), ובפרט הדוגמאות המובאות בעמ' 1353–1364). לדוקטרינה שני נדבכים: האחד הוא הגנת הצרכן, ותכליתו למנוע אפליה בין מי שהשיג על התעריף בבית המשפט לבין יתר הצרכנים, אשר שילמו את המחיר כהוייתו

(Powell, בעמ' 482); והשני עניינו שימור כוחה הרגולטורי של הרשות המינהלית כגורם הבלעדי אשר מוסמך לפקח על מחיר התעריפים (Jim Rossi, *Lowering the Filed Tariff Shield: Judicial Enforcement for a Deregulatory Era*, 56 VAND. L. REV. 1591, 1593 (2003), להלן Rossi).

עה. הגם שאין להקל ראש בטעמים העומדים בבסיסה של הדוקטרינה, איני סבור כי יש לגזור מהם איסור גורף בדבר הגשתן של תביעות אזרחיות – לא כל שכן תובענות ייצוגיות, המאיינות מטיבן את החשש מפני אפליה בין צרכנים שונים (Powell, בעמ' 515, ובפרט בהערת שוליים 227) – בעלות נגיעה כלשהי לתעריפים מפוקחים. בראש וראשונה יוטעם, כי הדוקטרינה האמריקנית אינה חפה כשלעצמה מביקורת בארה"ב גופה. על פי הביקורת, צמצום ההתערבות השיפוטית בהחלטות אשר נוגעות למהלך קביעתם של תעריפים – לא כל שכן כאלה הקובעים את מחירם של מוצרים חיוניים, כמו חשמל – פוגע בטיב האסדרה המופעלת על החברות הספקיות (Rossi, בעמ' 1596). ביסוד הביקורת מונחת ההנחה, כי הכלים אשר עומדים לרשות הרגולטור למנוע ניצול לרעה של התעריף מוגבלים מעיקרא, ותביעות אזרחיות (במיוחד בתחום ההגבלים העסקיים) נועדו להוות נדבך הרתעתי משלים (וראו באופן קונקרטי לגבי שוק החשמל Sandeep Vaheesan, *Market Power in Power Markets: The Filed-Rate Doctrine and Competition in Electricity*, 46 U. MICH. J.L. REFORM 921, להלן Vaheesan, וכן Julia Gorodetsky, *Analogy by Necessity: The Filed-Rate Doctrine and Judicial Review of Agency Inaction*, 23 TUL. ENVTL. L.J. 1 (2009); מאמרים אלה מתיחסים למשבר שאירע בקליפורניה בשנת 2000 בעקבות תהליך דה-רגולציה של שוק החשמל במדינה, ובהם נטען כי אלמלא הדוקטרינה יכול היה בית המשפט, אגב תביעה אזרחית אשר הגיעה לפתחו, לתקן בדיעבד נזקים שנגרמו נוכח אזלת היד של הרגולטור הפדרלי – ה-Federal Energy Regulatory Commission (FERC) – בטפלו בסוגיה). אשר על כן נטען, כי אופיה הכוללני של הדוקטרינה הביא בסופו של יום להתנכרות כלפי אחת ממטרותיה המקוריות – הגנה על הצרכן – לטובת הענקת מעין-חסינות לגופים המפוקחים; המלומד Rossi ממשיך את התהליך להפיכתה של חרב שנועדה לשרת את הצרכנים, למגן אימתני בידיהן של החברות הנתבעות: "With time, this doctrine that began as a consumer protection sword evolved into a shield-a type of ultra-immunity for regulated firms from lawsuits designed to protect consumers and competition" (עמ' 1598).

עו. פן נוסף של הביקורת מתמקד באחד הנימוקים אשר ניתנו על-ידי בית המשפט העליון של ארה"ב לתמיכה בדוקטרינה, ורלבנטי אף לענייננו אנו, שלפיו הפיקוח על

קביעתו של תעריף היא פעולה הנטועה בליכת שיקול הדעת המינהלי, ומכאן כי לרשות מתחם סבירות רחב בעשותה כן:

“Statutory reasonableness is an abstract quality represented by an area rather than a pinpoint. It allows a substantial spread between what is unreasonable because too low and what is unreasonable because too high. To reduce the abstract concept of reasonableness to concrete expression in dollars and cents is the function of the Commission. It is not the disembodied ‘reasonableness’ but that standard when embodied in a rate which the Commission accepts or determines that governs the rights of buyer and seller. A court may think a different level more reasonable. But the prescription of the statute is a standard for the Commission to apply and, independently of Commission action, creates no right which courts may enforce” (Montana-Dakota Utils. Co. v. Northwestern Pub. Serv. Co., 341 U.S. 246, 251 (U.S. May 7, 1951), מפי השופט Jackson, ההדגשה הוספה – א”ר).

לא למותר לציין כי המדובר בפסק דין ישן יחסית. ועוד, מנגד סבורים המבקרים, כי העובדה שמדובר בסמכות מקצועית מובהקת אינה משמיעה הימנעות מוחלטת מהתערבות שיפוטית, וזאת במיוחד שעה שעסקינן בתביעות השבה, המצריכות מבית המשפט להעריך בדיעבד מהו “המחיר ההוגן” שראוי היה לגבות מן הצרכנים, מלאכה אשר ניתן לעשותה תוך הישענות על התשתית העובדתית שכבר היתה ידועה במועד קביעתו של התעריף (ראו *Vaheesan*, בעמ’ 953).

עז. מכל מקום נראה, כי אימוצה של דוקטרינה מעין זו, אשר “שמה את כל הביצים בסל הרגולטור”, אינו עולה בקנה אחד עם העמדה הנהוגה בשיטת משפטנו, לפיה יש לאפשר לתובע לבחור – ככל הניתן, ובגבולות כללי הסמכות המקובלים – באיזה הליך יתבע את סעדו, כחלק מזכות הגישה לערכאות (וראו רע”א 2063/16 גליק נ’ משטרת ישראל, פסקאות ל”ד-ל”ה (19.1.17), להלן עניין גליק). גישה זו באה לידי ביטוי, בין השאר, באפשרות לתבוע את רשויות המינהל אף בהליכים אזרחיים (שם, בפסקה כ”ב). במסגרת זו עומדים לרשותו של התובע סעדים כגון פיצויים או השבה, החורגים מגדרו של הציווי המבוקש בהליך המינהלי ברגיל (ברק-ארז עוולות חוקתיות 27 (1993)), ואשר נועדו להגן על אינטרסים שונים. לעתים קרובות אף מדובר בסעדים המשלימים אלה את אלה (שם, בעמ’ 156; וראו גם דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי 390–392 (2013)), שכן פיצויים או השבה לרוב יהיו צופי פני עבר, ואילו הציווי – צופה פני עתיד (עניין גליק, בפסקה י”ז). ביטוי נוסף לגישה המבכרת הטלת אחריות על המדינה לעומת

הענקת חסינות גורפת מצוי בפסיקתו של בית משפט זה מן העת האחרונה בעניין סידוגי-ברניר (וראו פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז), לגבי טיבן של ההגנות אשר מקנה חוק תובענות ייצוגיות לרשויות המינהל, כגון סעיף 3 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". נפסק שם, כי הגנות אלה דיוניות במהותן, ומשכך אין ללמוד מהן על חסינות מהותית בהליכים משפטיים שעלולים להתנהל אגב התובענה הייצוגית. קיומו של הנתיב האזרחי לפתרון סכסוכים אל מול המדינה, בצד צמצום תחולתן של ההגנות האמורות מפני תביעה ייצוגית, מלמדים על מגמה במשפט הישראלי להרחיב את קשת הסעדים אשר יכול אזרח לתבוע בהליכים שבהם מעורבות רשויות המינהל (וראו למשל סעיף 2 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952); ועל רקע זה מסופקני, אם יש מקום למנוע מכל וכל – בחינת קל וחומר – דוקא תביעות כגון דא, אשר אינן מופנות כנגד הרשות מעיקרא. כן יצוין, כי ככל שמדובר באחריות משותפת של הרגולטור וחברה המפוקחת על ידיו, עומדת לחברה הנתבעת אפשרות להגיש תביעת השתתפות או שיפוי, בין היתר על דרך של הודעת צד ג', וזאת אף בהליך של תובענה ייצוגית (ראו עניין סידוגי-ברניר, ובפרט הערותיי בפסקאות ה'-ו').

עח. אף לגופו של עניין סבורני, כי אין הצדקה לנעילת הדלת בפני ההליך האזרחי בכלל, והתובענה הייצוגית בפרט, אך מפאת טיבן הציבורי של חלק מן הסוגיות המונחות לפתחנו. אין לחדד, כי "רוח ציבורית" מסוימת שורה על ענייננו. הדבר נובע הן ממעורבותן של רשויות המינהל – רשות החשמל, מזה, והממונה על השכר, מזה – והן מאופיה של המערערת, אשר ציבור צרכניה חופף באופן כמעט מוחלט לציבור תושבי המדינה בכללותו (וראו לעניין זה עניין מיקרו דף, בעמ' 461, שם כונתה המערערת "יצור כלאיים", נוכח שליטתה על אחד מגורמי הייצור המרכזיים במדינה). אולם יש לזכור כי ההליך הייצוגי משרת בראש וראשונה תכליות ציבוריות, וביניהן אכיפת החוק במישור האזרחי. והנה בנידון דידן נראה, כי אכיפה בדמות השבתם של רווחים שעשתה המערערת על חשבוננו של הציבור שלא כדין, תוך מודעות לאי החוקיות אשר דבקו בהם, יכולה לשמש בנסיבות השלמה נאותה למנגנונים הרגולטוריים שנועדו לפקח עליה. עם זאת חש אני צורך להטעים, כי אין פירוש דברינו כאן "הזמנה למסיבה" לתובענות ייצוגיות ביד רחבה כנגד הממשל. עמדתי בעניין "היד הקלה" למטרות שכר טרחה וכיוצא בזה בתובענות ייצוגיות הובעה בעניין פרינר (פסקאות ח'-ט').

עט. איני שותף איפוא לעמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה כי פסיקת השבה בענייננו כמוה כקביעת מחירו "הראוי" של התעריף בדיעבד (וראו לעניין זה אצל *Vaheesan*, בעמ' 954), אגב ברורה של התובענה הייצוגית לגופה. אכן, אין זה ממנהגו של בית המשפט להתערב בהחלטותיה המקצועיות של הרשות (בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה ל' (2015)), בודאי שעה שעסקינן בהימנעות מפעולה, המאפיינת ככלל את הביקורת השיפוטית בתחום האסדרה (וראו אסף אקשטיין "מי מפקח על המפקחת? ואת מי היא משתפת? רשות ניירות ערך הישראלית במבט השוואתי" משפט ועסקים יט 195, 258 (2015)). ברם, דומני כי אין מנוס מביקורת מסוימת במקרה דנא, בכל הכבוד, נוכח העובדה שבסופו של יום נכרכה התעשרותה של המערערת בפיקוח חסר מטעם רשות החשמל, שכן אין חולק כי קבעה את התעריף בהתבסס על הדו"חות הכספיים אשר הועברו לה על-ידי המערערת, אף שכללו את עלויותיהן של רכיבי שכר ששולמו בניגוד לדין. ביקורת דומה – בכל הכבוד – מתחייבת אף ביחס לממונה על השכר, בשל נסיגתו הלכה למעשה, באשרו את ההסכם הקיבוצי, מן הקביעות הנחרצות בהחלטותיו שלו בדבר אי החוקיות אשר נפלה בהטבות השכר האמורות. אך נשוב ונטעים, כי אין ענייננו בהתערבות ישירה בפעלה של הרשות, אלא במניעת התעשרות בלתי מוצדקת של אחת החברות החזקות במשק, באמצעות השבתם של הכספים אשר נגבו ביתר מציבור לקוחותיה. משכך הגעתי לכלל מסקנה, כי התובענה הייצוגית אכן מהווה הדרך היעילה וההוגנת ביותר לפתרון הסכסוך שלפנינו, על מגוון היבטיו הציבוריים.

סוף דבר

פ. אם תישמע דעתי, הערעור יתקבל בחלקו, כך שתיותר בעינה החלטתו של בית המשפט המחוזי לאשר את התובענה כייצוגית בכל הנוגע להטבות השכר, אולם יבוטל ראש התביעה שעניינו הטעות האקטוארית. אשר על כן, אציע כי התיק יוחזר לפתחו של בית המשפט המחוזי לשם פסיקתו של סכום ההשבה המדויק, בכפוף לבדיקה מחודשת ומוקפדת של בית המשפט המחוזי עתה, לעניין הנזק. איננו יודעים אם הערכת הנזק אשר בוצעה על-ידי המשיב 1 בשעתו סובלת מאי-דיוקים או מהפרזות; נזכור כי נדרשנו כשלעצמנו לזיקת הבסיס לסכום התביעה, משלא הציגו המערערת או היועץ המשפטי לממשלה חוות דעת כלכלית או ראייה מספקת אחרת שיש בה כדי לבסס טענת-נגד (ראו והשוו רע"א 2282/15 פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' לוי, פסקה 18 (2015)). הדברים טעונים איפוא בדיקה מחדש, ובית המשפט המחוזי יבדוק עתה כחכמתו. כן סבורני, כי על המערערת לשלם למשיב 1 הוצאות משפט ושכר טרחה בגין ההליך הנוכחי, בסך 50,000 ₪.

פא. אשר למשיבים 2–4, אציע לחבריי לפסוק לטובתם גמול בסך 50,000 ₪ אף שבקשתם נדחתה, וזאת מכוח סעיף 22(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, נוכח חשיבותה הציבורית של התביעה שהוגשה מטעמם (ראו סעיף 22(ב)(3) לחוק, וכן ע"א 9134/05 לויט נ' קו אופ צפון, אגודה שיתופית לשירותים בע"מ, פסקה 18 (2008)), בין היתר בשל תרומתה להנעת הליך הבדיקה היסודי של רכיב עלויות הפנסיה בתעריף החשמל, כמפורט מעלה בפסקה ל"ד (ראו והשוו רע"א 2453/13 עמר נ' עיריית חדרה, פסקה 50 (2015)); בהתאם, מוצע כי ישולם לבאי כוחם שכר טרחה בסך 300,000 ₪ (כולל) לפי סעיף 23(ג) לחוק.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף ועתיר החומר המשווה של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין. הנני מרשה לעצמי להוסיף שתי תובנות:

(א) הגישה האמריקנית, הקרויה Filed Rate Doctrine, אשר שוללת תובענות ייצוגיות "עקיפות" כנגד תעריפים שאושרו – מעבר לכך שהיא מעוררת ביקורת רבה עליה בארה"ב – איננה ראויה להחלה במשפט ארצנו. אבהיר: בישראל – המשפט המינהלי מבוסס על ביקורת שיפוטית ראשונית (ישירה, או עקיפה) של מעשי המינהל, בו בזמן שבארה"ב – בתחומים שונים – הרגולציה עצמה נעשית באופן מקצועי, על בסיס משפטי-כלכלי, על-ידי רשויות עצמאיות, ולא על-ידי הממשל (הביקורת השיפוטית באה במקרים אלה, במידת הצורך, רק בשלב מאוחר יותר והיא בעיקרה "ישירה"). לכן לעתים קרובות עולה בארה"ב הטענה כי אין שם מקום לביקורת שיפוטית "עקיפה", על דרך של תובענה ייצוגית, בנושאי תיערוף, ואולם השוני בין שתי השיטות המשפטיות (זו שלנו וזו האמריקנית) בהקשר לדרכי האסדרה של

תעריפים והפיקוח עליהם – מכתוב אצלנו את התוצאה של שלילת הדוקטרינה האמריקנית הנ"ל.

זאת ועוד – אחרת. אין זה נכון משפטית ואין זה ראוי להרחיב את סעיף 3 לחוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006 מעבר למה שכתוב בו (שאינן להגיש תובענה ייצוגית לפיצויים נגד רשות בגין נזק שנגרם על-ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה, או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה, או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי). מכאן שכנגד צד שלישי (פה חברת חשמל) ניתן להגיש, תובענה ייצוגית.

בנסיבות שלפנינו – חריגות השכר (שהוכללו כהוצאות בדו"חות הכספיים של חברת החשמל, וזאת למרות ההתראות והקביעות שנתקבלו אצל חברת חשמל "בזמן אמת" והבהירו לה שחריגות אלו אינן חוקיות) – גרמו לכאורה, בסופו של יום, לגביות יתר מהצרכנים. מצב זה מצדיק הגשת תובענה ייצוגית להשבה, ומתן אישור לה.

(ב) לשיטתי על כל הצדדים להתייחס בעת בירור התובענה הייצוגית למשמעויות ולנפקויות ההיתר שניתן בדיעבד על-ידי הממונה על השכר – לחריגות השכר (ללא הסבר מספק), וזאת הן מבחינה מהותית והן מבחינה כמותית. על רקע זה אני קורא, בין השאר, את הסעד הממשי שניסח חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, אשר הורה על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי הנכבד לשם פסיקה של סכום ההשבה המדויק, בכפוף לבדיקה מחודשת.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין.

ניתן היום, ז' באלול התשע"ז (29.8.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')