



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4110/18

לפני :
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערים :
1. פלונית
2. פלונית
3. פלוגי

נ ג ד

המשיבה :
קדימה מדע-חינוך לחיים בע"מ

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי מרכז בלוד
מיום 10.4.2018 בת"צ 66597-07-17 שניתן על ידי כב'
השופטת הדס עובדיה

תאריך הישיבה :
י' באלול התשע"ט (10.9.2019)

בשם המערערים :
עו"ד חן בכר ; עו"ד חגי פלטיין

בשם המשיבה :
עו"ד אורי שנהר ; עו"ד רן מגיר

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז בלוד (השופטת הדס עובדיה) בת"צ 66597-07-17 מיום 10.4.2018 במסגרתו התקבלה בקשה לסילוק על הסף של בקשת המערערים לאישור תובענה כייצוגית (להלן: "פסק הדין"). במרכזו של הערעור עומדת השאלה האם עילות התובענה שהגישו המערערים נכללות בסוג העניינים בגינם ניתן לנהל תובענה ייצוגית, כפי שהם מפורטים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "התוספת השנייה").

1. חוק חינוך חינוך חולים, התשס"א-2001 (להלן: "חוק חינוך חינוך חולים לילדים חולים") מטיל על המדינה חובה לספק חינוך חינוך חולים (ראו הגדרת "ילד חולה" בסעיף 1 לחוק האמור), כאשר משרד החינוך מספק שירותים אלה באמצעות גוף חיצוני שנקבע על פי מכרז (להלן: "השירותים"). המשיבה, קדימה מדע-חינוך לחיים בע"מ (חל"צ), היא חברה לתועלת הציבור העוסקת בתחום החינוך. החל משנת 2015 מספקים השירותים על ידי המשיבה תחת השם "פרויקט שלבים".

2. המערערת 1 היא נערה בת 16 (נכון למועד הגשת הערעור) הזכאית לשירותי חינוך חינוך בביתה מכוח חוק חינוך חינוך חולים. המערערים 2 ו-3 הם הוריה של המערערת 1 (להלן, יכוננו יחדיו: "המערערים").

3. ביום 30.7.2017 הגישו המערערים בקשה לאישור תובענה כייצוגית שעניינה בטענה כי שמות התלמידים והמורים העושים שימוש בשירותים דלפו מאתר הלמידה מרחוק שבאמצעותו ניתנו השירותים על ידי המשיבה, וזאת בשני אירועים נפרדים שהתרחשו בשנת 2015. על פי הנטען בתובענה, הדבר מהווה הפרה של הוראות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות") וכן של סעיף 6(א)(1) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות"), שכותרתו "עקרונות במימוש זכויות ובמתן שירותים". הקבוצה אותה המערערים מעוניינים לייצג היא ציבור התלמידים והמורים ששמותיהם נחשפו כאמור.

4. בפסק דין מיום 10.4.2018 קיבל בית המשפט קמא בקשה לסילוק על הסף של התובענה, ודחה את בקשת האישור, כבר מהטעם שלא מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, משום שעניינה של התובענה לא נכנס לגדר מי מהעניינים הקבועים בתוספת השנייה. במילים אחרות, נקבע כי לא ניתן לתבוע את המשיבה בגין עילות התביעה הנטענות בבקשת האישור על דרך של תובענה ייצוגית.

על פסק דין זה הוגש הערעור שלפנינו.

5. המערערים מוסיפים לטעון את שטענו לפני בית המשפט קמא, דהיינו כי התובענה נכנסת בגדר פרט 1 לתוספת השנייה. לדידם, המשיבה היא "עוסק" לפי הגדרת סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן"), בהיותה נותנת שירותי חינוך "דרך עיסוק", ואין נפקא מינה לשאלה האם השירותים שמספקת המשיבה למערערת 1 אינה משולמים במישרין על ידי זו האחרונה, אלא משולמים באמצעות משרד החינוך. בהקשר זה, טוענים המערערים כי בית המשפט קמא התעלם מהפן המסחרי שבפעילות המשיבה, וכי הוא שגה באופן יישום ההלכה בעניין רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876 (2002) (להלן: "עניין צ'רטוק"), משום שהנסיבות שם שונות מהמקרה דכאן. המערערים שמים דגש בטיעוניהם, הן לאופי ההפרה (לשיטתם היא בעלת אופי מסחרי), הן לשיקולים שהניעו את המשיבה להפר את הוראות המכרז והדין (לגישתם מדובר בשיקולים מסחריים של חסכון בעלויות והגדלת רווחים), והן לשיקולי מדיניות (ובהם פערי הכוחות בין הצדדים והפרה בוטה של תנאי מכרז ציבורי) המחייבים לשיטתם לאפשר את ניהול התובענה כייצוגית. כמו כן, טוענים המערערים כי פסק הדין שגוי משום שלמעשה הוא מאפשר למשיבה ליהנות משני העולמות – מחד גיסא המשיבה לא טענה שהיא "רשות", ומאידך גיסא בית המשפט קמא קבע כי היא אינה "עוסק". בנוסף, טוענים המערערים כי עניינה של התובענה נכנס גם בגדר פרט 9(1) לתוספת השנייה, שעניינו עילת תביעה מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, וזאת לשיטתם משום שהמשיבה הפרה את תקנה 3(א)(1) לתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירות), התשע"ג-2013 (להלן: "תקנות השוויון") שהותקנו מכוח סעיף 19יב שבפרק ה'1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות שעניינו בהנגשת שירות ציבורי. מבחינה מהותית, סבורים המערערים כי יש ליתן פרשנות מרחיבה למושג "נגישות", לפיה ישנו קשר ישיר בין שמירה על פרטיות אדם עם מוגבלות לבין הנגשתו של שירות ציבורי לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

לבסוף, טוענים המערערים כי עניינם אינו מאותם מקרים חריגים בהם ראוי לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית על הסף, וזאת בשים לב לכך שאין מחלוקת בדבר קיומה של עילת תביעה אישית למערערת 1 ובדבר קיומן של שאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה, וכן גם בשים לב לשיקולי מדיניות.

6. המשיבה נסמכת על קביעותיו של בית המשפט קמא, וטוענת כי עניינה של התובענה חורג מהעניינים המפורטים בתוספת השנייה משום שאין בין הצדדים יחסי עוסק-לקוח. הטעם לכך הוא שעסקינן בפעילות שהיא בליבת השירות השלטוני-ציבורי,

ולפיכך לא מתקיימים התנאים לפי פרט 1 לתוספת השנייה על פיו התבססה בקשת האישור. גם התנאים לפי פרט 9(1) לתוספת השנייה אינם מתקיימים, לשיטת המשיבה, הן מהטעם שלא מדובר בהפליה ואין מדובר בפגיעה בזכות לנגישות, והן מהטעם שהטענה להפרת תקנה 3(א)(1) לתקנות השוויון כלל לא הועלתה בבקשת האישור ולכן אין להידרש אליה, וממילא יש לדחותה לגופה. עוד טוענת המשיבה כי שיקולי מדיניות, ובפרט סכום התביעה האישית של כל חבר קבוצה כפי שהוגדר על ידי המערערים, מצדיקים שלא לקבל את הערעור.

דיון והכרעה

7. נקדים את המאוחר ונאמר כבר עתה כי בנסיבות העניין לא מצאנו להתערב בפסק דינו של בית המשפט קמא, ולפיכך דין הערעור להידחות.

8. אחד מהתנאים הדיוניים הניצבים בפני אדם המבקש כי תביעתו תאושר כייצוגית קבוע בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, שזו לשונו:

(א) לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית;...

לאמור, המחוקק הגביל את עילות התביעה בגינן ניתן לנהל תובענה ייצוגית רק לאלה הכלולות בתוספת השנייה או בהוראת חוק מפורשת, כך שנוצרה רשימה סגורה של עילות תביעה בגינן ניתן לנהל תובענה ייצוגית (ראו: רע"א 2598/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא ואח', פסקאות כ'-כ"ב (23.11.2010)). בעשותו כן תחם המחוקק את המצבים בהם ניתן לעשות שימוש במכשיר הדיוני של התובענה הייצוגית, וזאת לאחר ששקלל את היתרונות והחסרונות של מסגרת דיונית זו. עמד על כך בית משפט זה בציינו:

ככלל, בקביעת מסגרת דיונית בחוק להליכים השונים, וכך גם בחוק תובענות ייצוגיות, תוחם המחוקק את גבולותיו של ההסדר. תחימת גבולות אלה מבטאת את האיזון שראה המחוקק לקבוע בין היתרונות והחסרונות הגלומים באותו הסדר. כך עשה מחוקק המשנה עת עיצב את מוסד התביעה בסדר הדין המקוצר; כך עשה בעניינן של תובענות בסדר דין מהיר; וכך עשתה הכנסת בחוק תובענות ייצוגיות. הגבולות שהציב המחוקק לאפשרות להגיש תובענה ייצוגית הן חלק בלתי נפרד מן ההסדר החקיקתי השלם. על כן, המבקש לשנות את הגבולות מבקש למעשה לשנות את האיזון שקבע המחוקק למסגרת

הדיונית של מוסד התובענות הייצוגיות (בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פסקה 37 (29.8.2011)).

9. הטענה כי יש לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית מהטעם שעילות התביעה הנתענות בה אינן נופלות לאף אחת מהעילות המפורטות בתוספת השנייה, היא מסוג הטענות החריגות שקיימת הצדקה, במקרים מתאימים, לבחון אותה במסגרת בקשה לסילוק על הסף. כך, כאשר "ברור, על פני הדברים" כי כל עילות התביעה אליהן מתייחסת הבקשה אינן מהסוג שניתן לאשר ניהול תובענה ייצוגית בגינן (ראו רע"א 5154/08 קוסט פורר גבאי את קיסרר רו"ח נ' קדמי, פסקה 5 (2.4.2009); רע"א 6996/11 קומס נ' רוזובסקי, פסקה 9 (28.8.2012)).

10. עילת התביעה המרכזית לה טוענים המערערים היא פגיעה בפרטיות בניגוד לחוק הגנת הפרטיות. הפרה של חוק הגנת הפרטיות אינה נזכרת בתוספת השנייה, ועל כן לא ניתן לנהל תובענה ייצוגית בגין כל טענה להפרת חוק זה. ניהול תובענה ייצוגית בגין פגיעה בפרטיות יתאפשר רק באותם מצבים בהם פגיעה זו מבוצעת במסגרת אחת ממערכות היחסים אליה מתייחס אחד מפרטי התוספת השנייה: עוסק-לקוח (פרט 1); מבטח-מבוטח (פרט 2); בנק-לקוח (פרט 3); עובד-מעביד (פרט 10) וכיו"ב. ויובהר, בחוק הגנת הפרטיות נקבעו מנגנונים אחרים המיועדים להקל על אכיפה של הוראותיו באמצעות תביעות אזרחיות. כך, למשל, סעיף 29א. לחוק מאפשר לנפגע מהפרת הפרטיות לתבוע פיצוי בלא הוכחת נזק בסכום שלא יעלה על 50,000 ש"ח. אין זאת אלא שהמחוקק סבר שבצד הסדרים אלה אין מקום להכרה גורפת באפשרות השימוש במנגנון התובענה הייצוגית לשם אכיפת הוראות חוק הגנת הפרטיות (השוו והבחינו מהוראות חוק התקשורת (בזק ושירותים) (תיקון מס' 40), התשס"ח-2008, אשר קבעו ביחס למשלוח דואר זבל (ספאם) את שני המנגנונים באופן חלופי: תביעה ייצוגית (פרט 12 לתוספת השנייה) או תביעה אישית לפיצוי ללא הוכחת נזק בסכום שלא יעלה על 1,000 ש"ח בשל כל דבר פרסומת או תביעה ייצוגית). הכרעה זו של המחוקק יש לכבד.

11. המערערים ביקשו להתגבר על המכשול שמציב סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות בשתי דרכים: ראשית, טענה כי המשיבה היא בגדר "עוסק", ועל כן ניתן לתבוע אותה במסגרת פרט 1 לתוספת השנייה; שנית, הוספת עילה לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, בגינה ניתן לנהל תובענה ייצוגית לפי פרט 9(1) לתוספת השנייה. אפס, שתי הדרכים הללו לא תצלחנה בענייננו. להלן נבהיר מדוע.

12. פרט 1 לתוספת השנייה קובע כי ניתן להגיש "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". על מנת שהתובענה תכנס תחת פרט זה אין די בכך שהמשיבה מתנהלת כ"עוסק", אלא יש לבחון האם התביעה בה מדובר היא בקשר לעניין שבינה לבין לקוח, דהיינו האם היא מתקיימת במסגרת יחסי עוסק-לקוח. הטענות שמעלים המערערים נוגעות לשירות שניתן למערערת 1 באמצעות המשיבה על ידי משרד החינוך. מכאן שעל מנת לאפיין את מערכת היחסים שבין המשיבה לבין המערערת 1 עלינו לבחון את המסגרת הנורמטיבית במסגרתה זכאית המערערת 1 לשירות דנן.

13. בעניין צ'רטוק נקבע כי לעניין שירותים שמספקת רשות ציבורית בכלל, והמדינה בפרט, יש להבחין בין פעולות מסחריות-פרטיות באופיין לבין פעולות שלטוניות-ציבוריות, כאשר רק כאשר הרשות הציבורית מבצעת פעולות מהסוג הראשון יש לראותה כ"עוסק" לצורך תחולתו של חוק הגנת הצרכן. כן נקבע כי אין נפקא מינה אם הפעולה בוצעה על ידי הרשות הציבורית במישרין או באמצעות גוף פרטי המועסק על ידה (שם, פסקאות 2 ו-6 לחוות דעתו של הנשיא אהרן ברק. ראו גם: ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787, 802 (2002); ע"מ 7752/12 אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקאות י"ד-י"ח (2.11.2014)). על הבחנה זו לא חולקים המערערים, אך הם טוענים כי השירותים שניתנים על ידי המשיבה הם בעלי אופי מסחרי-פרטי. טענה זו אין בידינו לקבל. מבחינת המערערים עסקינן בקבלת שירותי הוראה ולימוד אותם מחויבת המדינה (באמצעות משרד החינוך) להעניק על פי דין מכוח חוק חינוך חינם לילדים חולים. המדינה בחרה, משיקוליה שלה, שלא לספק שירותים אלה ישירות על ידה, אלא להתקשר בחוזה עם קבלן חיצוני, ובענייננו המשיבה, לצורך אספקתם של שירותים אלה לזכאים לו ובאמצעות כך להגשים את מצוות המחוקק (על הפרקטיקה של מתן שירותים ציבוריים באמצעות תאגידים פרטיים, ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 519-524 (מהדורה שנייה, 2010); דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות, ואתגרים" עיוני משפט ל 461 (2008); יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287 (2007); איל פלג ההפרטה כהצברה: גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005)). ודוק, מדובר בשירותי חינוך, הניתנים מכוח חובה על פי דין, ו-ללא עלות עבור הנהנים מאותם שירותים. שלושת אלמנטים גם יחד מצביעים באופן ברור כי עסקינן בפעילות בעלת אופי שלטוני-ציבורי מובהק, ולכן אין לראות בשירותים ככאלה המסופקים במסגרת יחסי עוסק-לקוח.

14. ודוק, ייתכן כי לחוזה בין משרד החינוך לבין המשיבה, שעניינו בפעילות שלטונית-ציבורית, יהיו היבטים מסחריים (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג' – משפט מינהלי כלכלי 203-198 (2013)), אך זהו עניין שבין המשיבה לבין משרד החינוך והמערערים אינם צד לכך. במילים אחרות, העובדה שבין המדינה לבין המשיבה מתקיימים יחסי עוסק-לקוח, אינה מלמדת כי יחסים כאלה קיימים בין המערערים לבין המשיבה. כל מערכת יחסים משפטית עומדת בפני עצמה – וכמובהר, בעניינו השירות הניתן למערערת 1 הוא כמובהק במסגרת ציבורית-שלטונית.

הגשת תובענה ייצוגית מכוח פרט 9(1) לתוספת השנייה

15. בשונה מפרט 1 לתוספת השנייה אשר אינו מגביל את עילות התביעה ביחסי עוסק-לקוח, פרט 9(1) מאפשר להגיש תביעה רק "בעילה לפי פרקים ד', ה' או ה'1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות". מכאן שעל מנת לפנות לנתיב זה על המערערים להצביע על עילת תביעה במסגרת הוראה הכלולה בפרקים האמורים. ביחס לניסיון זה קבע בית המשפט קמא כי "טיעונם של [המערערים] כי התביעה היא בעילה לפי פרקים ד', ה', או ה'1 לחוק שוויון לאנשים עם מוגבלות, שכן במימוש הזכות לנגישות יש להפקיד על פרטיותם של אדם עם מוגבלות, מאולץ ומוקשה ואין בידי לקבלו" (פסקה 20 לפסק הדין). אין לנו אלא להצטרף לדברים אלו. לא מצאנו בטענות שהעלו המערערים במסגרת הערעור כדי להצדיק בחינה מחודשת של דברים אלו.

16. המערערים לא אמרו נואש, אלא הוסיפו וטענו לפנינו כי עילתם היא על פי סעיף 3(א)(1) לתקנות השוויון שהותקנו מכוח סעיף 19 יב שבפרק ה' 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. ואולם, גם טענה זו אין בידינו לקבל. בבקשת האישור, נשענים המערערים אך על סעיף 6(א)(1) שבפרק ג' לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הקובע את העקרונות הכלליים למימוש הזכויות ומתן השירותים (זו לשון סעיף 6(א)(1): "מימוש זכויות ומתן שירותים לאדם עם מוגבלות ייעשו [...] תוך הקפדה על כבוד האדם וחירותו והגנה על פרטיותו"). במסגרת התגובה לבקשה לסילוק על הסף, העלו המערערים לראשונה את תקנה 3(א)(1) לתקנות השוויון, אך שלא במסגרת עילת התביעה הנטענת לפי פרט 9(1) לתוספת השנייה, אלא במסגרת טענתם בדבר הסעדים הנתבעים בבקשת האישור. לפיכך, הטענה המוצגת בפנינו כעת, לא הועלתה ולא נדונה לפני בית המשפט קמא, ומכאן שאין מקום להיזקק אליה לראשונה בשלב הערעור (יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 818 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995); ע"א 4606/90 מוברמן נ' תל מר בע"מ, פ"ד מו(5) 353, 369 (1992)). על מנת להפיש את דעת המערערים נוסיף כי גם לגופה ספק גדול אם יש בטענה זו ממש.

17. הבקשה לאישור תובענה כייצוגית מושא הערעור היא מאותם המקרים בהם ברור בעליל שאין היא צולחת את המחסום שיוצר סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות – על כן בצדק הורה בית המשפט קמא כי דינה להידחות על הסף. משכך לא ראינו צורך להידרש ליתר הטיעונים שהועלו על ידי הצדדים. עוד יובהר כי אין בהחלטה זו מלחסום את המערערים להגיש תביעה פרטנית בגין טענותיהם בדבר הפרת חוק הגנת הפרטיות.

18. דין הערעור להידחות. בנסיבות העניין לא מצאנו מקום לעשות צו להוצאות.

ניתן היום, ט' בחשוון התש"פ (7.11.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט