

בבית משפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים

בעניין:

הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל -

ההסתדרות במרחב חיפה - אגודה עותומאנית מספר 61/277

על ידי ב"כ עוה"ד יואב ביין ו/או ליאורה ביין אלון
ו/או חגי טל ו/או איציק בן אשר ו/או אורי ריבש
ו/או תמר לוי ויינשטיין ו/או צביקה קירשנבאום
ו/או אליעד אברהם

פרופ' ביין ושות' - משרד עורכי דין
מרח' מעלה השחרור 17, חיפה
טל: 04-8668990 פקס: 04-8668991

וכן על ידי ב"כ עוה"ד יפית מנגל ~~ואת~~
יפית מנגל - משרד עורכי דין
מרח' משה ארם 17, שכי רביבים, תל-אביב
טל: 03-6446964 פקס: 03-6447125

המבקשת

- נ ג ד -

המוסד לביטוח לאומי - סניף תל-אביב
באמצעות הלשכה המשפטית.
מרחוב יצחק שדה 17 תל-אביב

המשיב

בקשה לאישור הגשת תובענה ייצוגית

(לפי הוראות סעיפים 3(א), 5 ופריט 11 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006)

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת, כדלקמן:

- א. לאשר את תובענת המבקשת כנגד המשיב, **להשבת סכומים שגבה שלא כדין** כתובענה ייצוגית, בהתאם לסעיף 5 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "**חוק התובענות הייצוגיות**") (כתב התביעה ובקשה זו יקראו להלן: "**התובענה**").
העתק כתב התביעה מצורף לבקשה זו ומסומן **באות א1**.
- ב. לקבוע כי הקבוצה בשמה מוגשת התובענה היא עובדים שבעדם משולמים דמי ביטוח בגין הטבות ספציפיות שמוגדרות בבקשה זו כ"הכנסות שלא קיבלו ביטוי בתלושי השכר של העובדים" שתבעו תשלומי גמלה על בסיס המצוין בתלושי השכר (כפי שדורש המוסד) אך לא שולמה להם גמלה בעד ההכנסות הנ"ל על אף שהיו זכאים לה.
- ג. לקבוע כי זהות התובע המייצג ובאי כוחו הם כמפורט בכותרת לבקשה זו.

Prof. BEIN & Co.-Law Office
פרופי ביין ושות'-משרד עורכי דין

ד. לקבוע כי עילת התובענה הינה עילת תביעה מדיני עשיית עושר ולא במשפט כמפורט בפסקאות 123 - 115 להלן.

ה. לקבוע כי השאלות של עובדה ומשפט המשותפות לחברי הקבוצה המיוצגת הן כמפורט בפסקאות 149 - 147 להלן.

ו. לקבוע כי הסעדים הנתבעים הם כמפורט בפסקה 170 להלן.

ואלו נימוקי הבקשה:

תוכן עניינים

פרק	נושא	עמוד
א.	הצדדים	4
ב.	תמצית הבקשה: שורש הרע שהבקשה דן באה לעקור או אם תמצו לומר, שורש הבעיה שהבקשה דן באה לפתור	4 - 7
ג.	עיקרי העובדות והמסגרת הנורמטיבית	---
	ג.1. הבסיס לחישוב הכנסה לצורך תשלום דמי ביטוח	7 - 8
	ג.2. הבסיס לתשלום גמלאות מחליפות שכר	8 - 9
	ג.3. אופן גביית דמי ביטוח ממעבידים - הדין הקיים	9 - 10
	ג.4. אופן הגביה בפועל - גביה של דמי ביטוח מבלי לדרוש דין וחשבון לגבי ההכנסה של העובד שבגינה משולמים דמי ביטוח	10 - 11
	ג.5. אופן הגביה בפועל - גביה של דמי הביטוח כנגזרת של סכום גלובאלי שנקבע בביקורת ניכויים תוך סירוב של המוסד להפעיל את סמכותו לקבוע (ככל הנדרש, לפי מיטב השפיטה) את השכר הנוסף של העובדים הזכאים להפרישי גמלה בגין השכר הנוסף, אף שלשיטתו סמכות זו נתונה לו	11 - 14
	ג.6. פניות למוסד מן העת האחרונה בנוגע לליקויים הקיימים באופן הגביה	14
	ג.7. הפגיעה שנגרמת לעובדים כתוצאה מהאופן שבו המוסד גובה את דמי הביטוח	14 - 16
ד.	גביה שלא כדין	---
	ד.1. גביית דמי הביטוח מבלי לדרוש דין וחשבון בדבר השכר המשתלם לכל עובד מהווה גביה שלא כדין של דמי הביטוח	17 - 20
	ד.2. גביית דמי הביטוח על בסיס גלובאלי במסגרת ביקורת ניכויים נוגדת את	20 - 24

	הדין	
24 - 28	ד.3. הפעלת סמכות הגביה באופן בלתי סביר, בחוסר תום לב, תוך הפרת חובת ההגינות והפרת חובת הנאמנות של המוסד באופן אשר מהווה גביה שלא כדין של דמי הביטוח	
28 - 31	ד.4. גביית דמי הביטוח בניגוד למטרת החוק באופן שהופך את הגביה לגביה שלא כדין	
31	שאלת ההשבה	ה.
32 - 35	השבת הכספים לחברי הקבוצה המיוצגת לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט	ו.
35	סכום ההשבה	ז.
---	התקיימות כל התנאים לאישורה של התובענה כתביעה ייצוגית	ח.
36 - 38	ח.1. מטרות החוק והגשמתן במקרה דנן	
---	ח.2. התנאים לאישורה של התובענה כתביעה ייצוגית (בהתאם לסעי' 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות)	
38	ח.2א. תובענה כאמור בס' 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות	
39 - 40	ח.2ב. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה	
40	ח.2ג. יש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו לטובת הקבוצה	
40 - 42	ח.2ד. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בנסיבות העניין	
42 - 43	ח.2ה. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת	
43	ח.2ו. קיים יסוד להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב	
43 - 44	ח.2ז. ניהול ההליך כתובענה ייצוגית לא צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותי המוסד או לציבור בכללותו, לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה	
44	סמכות מקומית ועניינית	ט.
44	סעדים	י.
45	סוף דבר	יא.

א. הצדדים

1. המבקשת הינה אגודה עותומאנית (שמספרה - 61/277) המשמשת כשלוחה במרחב חיפה של ארגון "הסתדרות העובדים הכללית החדשה" אשר הינה ארגון העובדים הוותיק, הגדול והמשמעותי ביותר במדינת ישראל אשר מייצג ומאגד אחוז ניכר מכלל העובדים בישראל ואשר פועל בכל המישורים לשם חיזוק מעמדם של העובדים בכלל מגזרי העבודה ולשם שיפור תנאי העסקתם והענקת ביטחון תעסוקתי ותנאים סוציאליים במקום עבודתם.
2. המבקשת הינה "ארגון" כמשמעו בסעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות.
3. המשיב (להלן ייקרא גם: "המוסד" או "המל"ל") הינו תאגיד סטאטוטורי אשר הוקם מכוח חוק הביטוח הלאומי, תשי"ד-1953 ושמטרתו לפעול במסגרת הוראות החוק והתקנות שהותקנו על פיו.
4. המשיב הינו "רשות" בהתאם לסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000 אליו מפנה החוק לתובענות ייצוגיות, אשר נתבע לפי פריט 11 לתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות להשבת סכומים שגבה שלא כדין.

ב. תמצית הבקשה: שורש הרע שהבקשה דנו באה לעקור או אם תמצו

לומר, שורש הבעיה שהבקשה דנו באה לפתור.

5. זה עשרות שנים ידוע למוסד שמעבידים רבים אינם כוללים בתלושי השכר של עובדיהם הטבות שונות, כגון הטבות בעין או הטבות בשווה כסף מהטעם שהמעביד סבור שההטבה לא מהווה הכנסה בידי העובד או שהמעביד סבור שאין לו דרך לייחס את ההטבה לעובד ללא הנחיה מפורשת מצד המוסד לגבי האופן שבו עליו לעשות כן (קרי, לגבי האופן שבו עליו לקבוע את שוויה ולייחס לעובד את חלקו היחסי בה) וכן מטעמים נוספים שאינם בשליטת העובד שגורמים לכך שההטבות לא תיכללנה בתלוש השכר.
- ההטבות המצוינות לעיל יכוננו לצורך הנוחות ולפי הקשר הדברים כדלקמן: "השכר הנוסף" או "ההטבות השונות" או "הכנסות שאינן מקבלות ביטוי בתלוש השכר".
6. הדבר ידוע למוסד, בין היתר, מהטעם הפשוט שזה עשרות שנים המוסד עורך ביקורות ניכויים אצל מעבידים שמעניקים לעובדים הטבות שונות שאינן מקבלות ביטוי בתלוש השכר ו/או שאינן מדווחות למוסד, כאשר במסגרת ביקורות הניכויים ו/או במסגרת גביה שוטפת הנעשית על פי הנחיות המוסד, המוסד גובה את דמי הביטוח בגין השכר הנוסף וכך תוזר חלילה, פעם אחר פעם, אצל אותם מעבידים.
7. כמו כן הדבר ידוע למוסד מהטעם הפשוט שהדבר הובא לידיעתו על ידי מבקר המדינה מספר פעמים.

8. במקביל למציאות הידועה והמוכרת הנ"ל, המוסד משלם לעובדים שמועסקים על ידי המעבידים הנ"ל גמלאות מחליפות שכר ו/או הפרשי גמלאות מחליפות שכר, בקרות אירוע מזכה, אך ורק בהתאם לשכר שמצוין בתלוש השכר - דהיינו, בשיעור נמוך יותר מההכנסה שבגינה נגבו דמי ביטוח בעד העובד וזאת על אף, עקרון יסוד של חוק הביטוח הלאומי הקובע כי ההכנסה שעליה מבססים את תשלום דמי הביטוח מהווה בסיס לא רק לגביית דמי הביטוח אלא גם בסיס לתשלום גמלאות מחליפות שכר.

9. כלומר, זה שנים שהמוסד גובה ממעבידים, דמי ביטוח בגין הטבות שונות שאינן מקבלות ביטוי בתלושי השכר של העובדים (להלן: **דמי ביטוח**), בהיקף מצטבר של מיליארדי שקלים, מבלי לשלם כנגד גבייה זו ולו שקל אחד הפרשי גמלאות המגיעים לעובדים בגין אותו שכר נוסף, כמתחייב בחוק, והכול כפי שיפורט להלן, זאת בשעה שהמוסד גובה את דמי הביטוח, שנים רבות, בניגוד לאופן המתחייב על פי דין.

10. ברור לכל בר בי רב כי הימנעותם של העובדים שבעדם משולמים דמי הביטוח בגין הטבות שונות שאינן מקבלות ביטוי בתלוש השכר (אשר זכאים להפרשי גמלאות בגין השכר הנוסף הנ"ל אך כאמור לא מקבלים אותם בפועל) מלממש את זכאותם, נעשית לא מתוך בחירה חופשית אלא בשל כשלים שמונעים זאת מהם.

11. הכשלים היסודיים שלטענת המבקשת מונעים מהעובדים לממש את זכאותם לקבל את הפרש הגמלה בגין השכר הנוסף, **אשר כולם לטענת המבקשת נובעים מכך שהמוסד גובה את דמי הביטוח בניגוד לדין**, הם כמתואר בזאת:

11.1. על פי תקנות וחוק הביטוח הלאומי המוסד צריך לגבות את דמי הביטוח בדרך מסוימת שהוסדרה ע"י המחוקק - באמצעות טופס שיאפשר למוסד להתזיק ברשותו מידע מלא ומדויק לגבי ההכנסה שהמעביד משלם לכל עובד ועובד בנפרד ושבעדה משולמים דמי ביטוח, ולצורך יישום דרך הגבייה הנ"ל ניתנו בידיו סמכויות שונות (להלן: **אופן הגבייה**).

11.2. דע עקא, הלכה למעשה המוסד גובה את דמי הביטוח בניגוד לאופן שבו היה עליו, לעשות כן על פי החוק והתקנות: במוסד קיים טופס (ידני וממוכן) באמצעותו מוסרים המעבידים מידע על מסי העובדים הכולל, סכום השכר ששולם לכל העובדים (כצירוף סה"כ הסכומים המופיעים בתלושי השכר), וסכום דמי הביטוח הכולל שמשלם המעביד- כנגזרת מסה"כ השכר ששילם לעובדים.

11.3. כלומר, דה פקטו, המוסד פועל בניגוד לדין וללא כל סמכות משחרר את המעביד מהחובה הקבועה בדין (שבצדה סנקציות שונות) למסור למוסד מידע אודות השכר שהוא שילם **לכל אחד מעובדיו** ואודות דמי הביטוח שהוא שילם בגין כל עובד בנפרד.

11.4. כפועל יוצא מן האמור, המוסד לא מתזיק במאגרי המידע שברשותו נתונים אודות ההכנסה שבעדה שילם המעביד דמי ביטוח עבור כל עובד בנפרד - מידע אשר היה מאפשר לעובד לקבל גמלאות, בקרות אירוע המזכה בגמלה, על בסיס מלוא

ההכנסה שבגינה שילם המעביד דמי ביטוח בגינו או למצער, היה מאפשר לעובד לבסס ללא קושי את זכותו לקבל הפרשי גמלה בגין שכר נוסף שלא מופיע בתלוש השכר שלו.

בנושא זה ראו ביתר פירוט בפרקים ג.4 - ג.7. להלן.

11.5. כך נוצרת מציאות שבה העובדים שחסרים את הכלים להתמודד עם הסיבות שבעטיין המעבידים אינם נותנים להטבות השונות ביטוי בתלוש השכר ו/או באמצעי אינפורמטיבי אחר בו יופיע סכום ההטבה כשהוא מיוחס לכל עובד בנפרד והם מסתפקים בנתוני השכר שמצוינים בתלוש השכר בלבד, לצורך קבלת גמלאות מחליפות שכר.

בנושא זה ראו ביתר פירוט בפרקים ג.4 - ג.7. להלן.

11.6. זאת ועוד, לא די בכך שהמוסד גובה את דמי הביטוח הנוספים מבלי לדרוש מהמעבידים ליתן דין וחשבון כמתחייב בדין, המוסד אף מגדיל לעשות וקובע את דמי הביטוח הנוספים, בעת גביית דמי הביטוח הנוספים, באופן שלטענת המעבידים שולל מהם את היכולת לייחס לכל עובד בנפרד את ההכנסות שאינן מקבלות ביטוי בתלושי השכר בין בתלושי השכר ו/או בכל אמצעי דיווח אחר.

11.7. במקום שהמוסד ייתן לטענת המעבידים מענה שיאפשר למעבידים לייחס את ההכנסות שלא מקבלות ביטוי בתלושי השכר לכל עובד או לחילופין במקום שהמוסד יפעיל את הסמכויות הנתונות לו בדין כדי לתקן את החסר שקיים במידע שמוסר המעביד או לחילופין, במקום שהמוסד יגרום למעבידים לתת בעצמם פיתרון לבעיה (דבר שהיה קורה מאליו לו היה המוסד ממלא אחר חובתו לדאוג לכך שדמי הביטוח יגבו באופן הקבוע בדין), המוסד לא עושה דבר וממשיך לגבות את דמי הביטוח הנוספים בדרך שלטענת המבקשת נוגדת את הדין.

בנושא זה ראו ביתר פירוט בפרקים ג.4 - ג.7. להלן.

12. למותר לומר כי העובד אינו מחזיק בעמדת כוח אשר מאפשרת לו לגרום למעבידו להכיר בהטבות השונות כהכנסת עבודה, לייחס לעובד את חלקו בהן ולעדכן זאת בתלושי השכר שלו וכי ודאי לא ניתן לצפות מן העובד הפשוט לנהל מאבקים מול המוסד או לחלופין מול מעבידו בגין הפרשי גמלה אשר שווים קטן.

13. מצופה על פי הדין ובכלל זה על פי עקרונות מינהל תקין, שהמוסד - כמי שפועל כנאמן של העובדים - לא יגלגל את האחריות לפתור את הבעיות הנייל לפתחם של העובדים אלא יפעל בכל האמצעים העומדים לרשותו כדי להסיר מן השורש את המכשולים, ללא יוצא מן הכלל, שגורמים לכך שההכנסה אשר עליה מבססים את גביית דמי הביטוח משמשת רק לצורך גביית דמי הביטוח ולא לצורך תשלום גמלאות מחליפות שכר.

14. ואולם, ציפיות הדין לתוד ומציאות לתוד. על אף שהבעיה דנן מוכרת וידועה זה שנים רבות, אוזניו של המוסד אטומות נוכח הביקורת שמושמעת כלפיו בעניין זה (לרבות, על ידי מבקר

המדינה) ומעשיו מלמדים על חוסר מוטיבציה מצדו לתקן את המעוות (שלא לומר, על רצון להנציח את המעוות).

15. כתוצאה מכך, מדי שנה נוספים למעגל הניזוקים עובדים נוספים שלא מממשים את זכאותם לקבל גמלה מחליפת שכר בגובה מלוא ההכנסה שבעדה שולמו בגינם דמי ביטוח לאומי, ועולם כמנהגו נוהג.

16. הבקשה דן מבקשת את בית המשפט הנכבד לעמוד חוצץ נוכח אוזלת ידו של המוסד (שלא לומר, נוכח רצונו להנציח את המעוות) ולעשות שימוש בסמכותו הרחבה לפי ס' 13 לחוק התובענות הייצוגיות כדי להשיג 2 מטרות:

האחת, לגרום למוסד לנקוט מכאן להבא בצעדים שיסירו את הכשלים שגורמים לעיוות הנ"ל. השנייה, כל זמן שהעיוות שהבקשה דן מצביעה עליו לא נפתר, לתת לקבוצה המיוצגת את האפשרות לבחור לממש את זכותם לקבל את מלוא הגמלה המגיעה להם (בדיוק או בקירוב) באמצעות הכלי הייצוגי אשר ניתן למימוש במקרה דן מכל הטעמים המפורטים בבקשה זו.

17. הדרך (או אם תמצו לומר הטכניקה המשפטית) להשגת המטרות הראויות והצודקות הנ"ל היא דו שלבית:

תחילה נראה כי גביית דמי הביטוח הנוספים אינה כדין ולפיכך יש להשיבם כמצוות פריט 11 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

אחר כך נראה כי השאלה למי יש להשיב את הכספים, באיזה שיעור ובאיזו דרך צריכה להיות מוכרעת על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט וסעי' 20 לחוק התובענות הייצוגיות.

לבסוף נראה כי לאור דיני עשיית עושר ולא במשפט וסעי' 20 לחוק התובענות הייצוגיות, ההשבה הראויה, הנכונה והצודקת בנסיבות העניין (שלא לומר, היחידה האפשרית בנסיבות העניין) היא השבת דמי הביטוח, אך לא יותר מגובה הגמלאות שלא שולמו בעדם, אל הקבוצה המיוצגת וחלוקתם בין חברי הקבוצה המיוצגת בהתאם לגמלה שלא שולמה לכל אחד מחברי הקבוצה על אף שהוא היה זכאי לה.

ג. עיקרי העובדות והמסגרת הנורמטיבית

1.ג. הבסיס לחישוב הכנסה לצורך תשלום דמי ביטוח

18. על-פי סעיפים 337 ו-342 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: "החוק" או "חוק הביטוח הלאומי"), חייב מעביד בתשלום דמי ביטוח לאומי ודמי ביטוח בריאות (להלן יקראו יחדיו: "דמי ביטוח") בעד עובדו באחוזים מן ההכנסה החודשית של העובד (בשיעור כמפורט בלוח " לחוק).

19. בסעיף 348(א) לחוק, נקבע כי הכנסת עבודה לצורך תשלום ביטוח לאומי היא ההכנסה בהתאם לסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) התשכ"א - 1961, עד לתקרת ההכנסה המרבית שהיא ההכנסה המקסימאלית ממנה ישולמו דמי ביטוח לאומי.

20. הבסיס לתשלום דמי ביטוח עבור עובד שכיר; קרי, ההכנסה החודשית, מוגדרת בסעיף 344 לחוק, כך:

"יראו כהכנסתו החודשית של עובד את הכנסתו בעד החודש שקדם ל - 1 בחודש שבו חל מועד התשלום, מהמקורות המפורטים בסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה" - זאת בהתאם למפורט בלוח י"א לחוק [הוספה שלנו - הח"מ].

21. ואלה המקורות המפורטים בסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה:

"השתכרות או ריווח מעבודה; כל טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעבידו; תשלומים שניתנו לעובד לכיסוי הוצאותיו, לרבות תשלומים בשל החזקת רכב או טלפון, נסיעות לחוץ לארץ או רכישת ספרות מקצועית או ביגוד, אך למעט תשלומים כאמור המותרים לעובד כהוצאה; שווי של שימוש ברכב או ברדיו טלפון נייד, שהועמד לרשותו של העובד, והכל בין שניתנו בכסף ובין בשווה כסף, בין שניתנו לעובד במישרין או בעקיפין או שניתנו לאחר לטובתו" (להלן: "השכר")."

22. אם כך, הכנסה חודשית רואים כשכר חודשי רגיל שמשלם לעובד באופן שוטף, לרבות הפרשים הנובעים מאירועים חד פעמיים כגון: העלאות שכר, בונוסים, פרמיות, ותשלומים נוספים אחרים לרבות, כל טובת הנאה שניתנו לעובד ממעבידו.

23. כאמור, עניינה של בקשה זו באותן הטבות שלא ניתן להן ביטוי בתלושי השכר של העובדים אף שבגינם גובה המוסד דמי ביטוח מבלי לשלם כלל, כנגד גבייה זו, הפרשי גמלאות המגיעים לעובדים בגין אותו שכר נוסף כמתחייב בחוק.

ג. הבסיס לתשלום גמלאות מחליפות שכר

24. במסגרת תפקידו על פי החוק, משלם המוסד למבוטחים 2 סוגי גמלאות:

א. גמלאות המוענקות על בסיס "תשלום דמי ביטוח" - הקרויות "גמלאות גבייתיות", בהן מבחינים בין:

1. "גמלאות שהן יחסיות להכנסת המבוטח" והמהוות תחליף להכנסתו לאחר אירוע שבעקבותיו פסקה או נצטמצמה הכנסת המבוטח - הקרויות גם "גמלאות מחליפות שכר" (להלן: גמלאות מחליפות שכר) כגון: גמלה בענף ביטוח נפגעי עבודה - ייעוד הגמלה בענף זה הוא להחליף, באופן חלקי, את הכנסת המבוטח שפסקה לאחר הפגיעה בעבודה. לפיכך מחושבת גמלה זו תוך התייחסות לשכר עבודתו האחרון של המבוטח ועל בסיס חלק ממנו, עד לתקרה שנקבעה בחוק, כך גם דמי אבטלה, דמי לידה ותגמולי מילואים.

על פי חוק הביטוח הלאומי ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח לאומי מהווה לא רק בסיס לגביית דמי הביטוח אלא אף בסיס לתשלום גמלאות אשר על פי החוק הן יחסיות להכנסה או שהן תחליף להשתכרות או הכנסה. לגמלה בענפי ביטוח אלה יש זיקה להשתכרותו או להכנסותיו של המבוטח וככל שאלה גבוהים יותר כך גבוהה יותר הגמלה או להיפך - כך למשל הוראת לשון ס' 98 (ב) לחוק - הקובעת כי ההכנסה לפיה יחושבו דמי פגיעה המגיעים לעובד הינה ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח, אינה יכולה להשתמע לשתי פנים - המחוקק קבע מפורשות כי בסיס הגמלאות ובסיס תשלום דמי הביטוח חד המה - לא ניתן לשלם לפי בסיס אחד ולקבל גמלאות לפי בסיס אחר.

2. "גמלאות קבועות ואחידות" המשולמות בלא קשר לגובה הכנסת המבוטח כגון קצבת זקנה וקצבת שארים.

ב. סוג שני הן גמלאות הממומנות במישרין מתקציב המדינה (כנגד גביית מסים) או מתקציבו של גוף אחר, שלא על בסיס תשלום דמי ביטוח, המכונות "גמלאות לא גבייתיות".

25. לאור האמור עולה כי גמלאות מחליפות שכר מחושבות על בסיס מלוא ההכנסה החייבת בדמי ביטוח בחודשי רבע השנה שקדמו ל-1 בחודש שבו חל האירוע המזכה בגמלה. קרי, הבסיס לתשלום גמלאות לעובד הוא ההכנסה אשר ממנה שולמו דמי ביטוח בשלושת החודשים שקדמו להיווצרות העילה המזכה את העובד בגמלה.

26. משכך, הזכאות לקבלת גמלאות מחליפות שכר הינה בגין מלוא השכר של העובד ממנו שולמו דמי ביטוח לאומי. קרי, ההכנסה החייבת בדמי ביטוח משמשת גם כבסיס לקביעת שיעורן של גמלאות אלו.

27. יצוין כי בקטגוריה של "גמלאות מחליפות שכר" נמנות הגמלאות הבאות: דמי לידה, שמירת הריון, דמי אבטלה, דמי פגיעה בעבודה, קצבת נכות מעבודה, קצבת תלויים, תאונות אישיות, ותגמולי מילואים.

3.ג. אופן גביית דמי ביטוח ממעבידים - הדין הקיים

28. כאמור, היה המחוקק ער לצורך להבטיח שתהיה התאמה בין בסיס ההכנסה שבעדה משולמים דמי הביטוח לבין בסיס ההכנסה לפיה מחושבים גמלאות מחליפות השכר שישולמו ולפיכך מטעם זה, בין היתר נקבע בחוק ובתקנות כי דמי הביטוח הלאומי בגין העובדים ישולמו ע"י המעסיקים, בהתאם לדין וחשבון מפורט שיגישו המעסיקים בו יפרטו את דמי הביטוח המשולמים בגין כל עובד ועובד בנפרד וכלשון החקיקה:

ראו סעיף 355 לחוק אשר קובע כי:

(א) השר רשאי להתקין תקנות בדבר -

Prof. BEIN & Co.-Law Office (1)
פרופי ביין ושותי-משרד עורכי דין

**(2) דין וחשבון שאדם חייב להגיש על שכר עבודה או פנסיה מוקדמת כהגדרתה
בסעיף 345ב(א) ששילם למי שבעדו הוא חייב בתשלום דמי ביטוח;**

ובהמשך לכך קובעת תקנה 8(א) לתקנות הגביה בהאי לישנא:

**"כל מעביד יגיש במועד תשלום דמי הביטוח בעד עובדיו דין-וחשבון, לפי טופס
שאפשר להשיגו בכל אחד מסניפי המוסד, בדבר השכר המשתלם לכל אחד
מעובדיו בתקופת התשלום שלגביה מוגש הדין-וחשבון..."** [הדגשה שלנו - הח"מ].

29. לצורך מימוש סמכותו של המוסד לגבות את דמי הביטוח באופן הקבוע בדין הפקיד המחוקק
סמכויות שונות, בין היתר, כמפורט להלן:

29.1. הסמכות להשית קנסות כבדים על מי שלא משלם דמי ביטוח במועד (ס' 364 לחוק).

29.2. הסמכות לפתוח בהליכים פליליים כנגד מי שמוסר הצהרה כוזבת בקשר לדמי
ביטוח שיש לשלם ו/או כנגד מי שמפר חובה הקבועה בחוק (למשל, החובה להגיש
דין וחשבון נכון) ו/או כנגד מי שמפר את החובה לשלם דמי ביטוח בעד עובדו (ס'
398 לחוק).

29.3. הסמכות לקבוע את דמי הביטוח שיש לשלם בעד העובד לפי מיטב השפיטה מקום
בו **"היה פקיד גביה ראשי משוכנע שהכנסתו של המבוטח או שכר העבודה של
עובדי מעביד פלוני עולים על הסכומים הנקובים בדין וחשבון שהמעביד... הגיש
לפי התקנות..."** (ס' 358 לחוק). במאמר מוסגר יצוין כי על פי פסיקת בית המשפט,
מקום בו קבע פקיד שומה של מס הכנסה איזה סכום מתוך ההטבות השונות
שהעניק ו/או ששילם המעביד מהווה שכר של העובדים, קביעתו מחייבת את
המוסד ביחסיו עם המעביד.

30. כפי שיוצג להלן, בפועל הגביה של דמי הביטוח נעשית בניגוד מוחלט לאופן הקבוע בדין
ולאופן אשר מתחייב מהדין.

**4.ג. אופן הגביה בפועל: גביה של דמי ביטוח מבלי לדרוש דין וחשבון לגבי ההכנסה
של העובד שבגינה משולמים דמי ביטוח**

31. כפי שפורט לעיל, על פי החוק ותקנות הגביה מחויב המוסד לדרוש מהמעבידים להגיש לו **עוד
בשלב גביית דמי הביטוח בעד עובדיהם**, דין וחשבון בדבר השכר המשתלם לכל אחד
מעובדיהם בנפרד, באמצעות טופס שינפיק המוסד ("שאפשר להשיגו בכל אחד מסניפי
המוסד") והכול בין היתר, לצורך הגשמת תכליתו הרלבנטית לעניינינו של חוק הביטוח
הלאומי: להבטיח שתהיה התאמה בין השכר של העובד שבעדו נגבים דמי הביטוח לבין השכר
שבעדו משולמות גמלאות מחליפות שכר.

32. ואולם, המוסד אינו מקיים את הדין, וטופס כאמור אינו קיים, כאשר מנגד, המוסד גובה
בפועל דמי ביטוח ממעבידים (שמעסיקים יותר מ-5 עובדים) בדרך של גבייה גלובאלית, מדי
חודש בחודשו באמצעות טופס אחר (אשר ניתן למלא אותו גם באופן ממוכן) אותו הנפיק,

אשר נקרא טופס 102 שאינו מקיים את הוראות הדין ואינו עונה על התכלית הנ"ל (להלן: **טופס 102**).

33. במסגרת טופס 102 נדרש המעביד לציין אך את המספר הכולל של העובדים שהוא מעסיק, השכר הכולל ששולם בעדם כפי שמופיע בתלושי השכר ואת סכום דמי הביטוח שיש לשלם בעבורם, והכול מבלי לפרט **את "השכר המשתלם לכל אחד מעובדיו"** וממילא מבלי לדרוש מהמעביד נתונים לעניין ההטבות השונות הניתנות לעובדים, שאינן מופיעות בתלושי השכר. מצ"ב טופס 102 המסומן **באות 2א'**. הנחיות המוסד למעבידים לדווח לו באופן האמור, באופן ידני או ממוכן, מצ"ב ומסומנות **באות 3א'**.

34. בפועל אין לסטייה זו מהוראות החוק והתקנות משמעות רבה ביחס לשכר הרגיל של העובד כי השכר מקבל על פי רוב ביטוי בתלוש המשכורת ובאמצעות התלוש העובד יכול לקבל את הגמלה.

35. במקרה של השכר הנוסף, התמונה שונה בתכלית.

36. השכר הנוסף לא מקבל ביטוי בתלוש השכר של העובד וכן לא מיוחס לעובד בטופס 102 או בשעה שהמוסד גובה את דמי הביטוח מכוח סמכותו לפי ס' 358 לחוק ולפיכך בקרות האירוע המזכה את העובד בתשלום גמלה מחליפת שכר, לא קיים בידי המוסד והמעביד מידע זמין ונגיש אודות השכר הנוסף ששולם לעובד ושבעדו שולמו דמי ביטוח וכך קורה שהעובד נאלץ לבסס את תביעתו לגמלה מחליפת שכר על תלוש השכר שבידיו בלבד (או להסתפק בתביעתו זו), בשעה שהיה באפשרותו לבסס את תביעתו על ההכנסה שנקבעה כהכנסתו הכוללת לצורך תשלום דמי הביטוח בעדו.

5.ג. אופן הגביה בפועל - גביה של דמי הביטוח כנגזרת של סכום גלובאלי שנקבע בביקורת ניכויים תוך סירוב של המוסד להפעיל את סמכותו לקבוע (ככל הנדרש, לפי מיטב השפיטה) את השכר הנוסף של העובדים הזכאים להפרשי גמלה בגין השכר הנוסף, אף שלשיטתו סמכות זו נתונה לו

37. במקרים רבים המעבידים לא כוללים בתלושי השכר של עובדיהם הטבות שונות מהטעם שהם סבורים שההטבות לא מהוות הכנסה בידי העובד או שהם סבורים שאין להם דרך ליחס את ההטבות לכל עובד ללא הנחיה מפורשת של הרשות לגבי האופן שבו עליהם לעשות כן (קרי, לגבי האופן שבו יש לקבוע את שוויה ולייחס לעובד את חלקו היחסי בה).

38. מעבידים רבים, אוחזים בעמדתם ומסרבים להכיר בהטבות השונות כהכנסה בידי העובד, לרבות, משיקולים טקטיים לצרכי מו"מ מול הרשות וזאת עד אשר נקבע אחרת בביקורת הניכויים של המוסד (שנעשית מכוח סמכותו לפי ס' 358 לחוק) או של רשות המסים.

39. הבעיה בהקשר זה מתעוררת דווקא לאחר שנקבעו קביעות על ידי הרשות (המוסד או מס הכנסה) שלאורם כבר לא יכולה להיות מחלוקת שההטבות השונות במלואן ואו בחלקן הן

בבחינת הכנסת עבודה שיש לשלם בגינה דמי ביטוח מן הצד האחד ושמזכה בתוספת גמלה מן הצד האחר.

40. הבעיה מתעוררת כתוצאה מכך שהמציאות הרווחת היא שהקביעות בשומת הניכויים בעניין ההטבות השונות לא מתייחסות באופן פרטני לכל הטבה והטבה והן אינן קובעות קביעות פרטניות לכל הטבה והטבה וסכום דמי הביטוח הנקבעים ע"י מבקרי הניכויים, מחושב **כסכום גלובאלי (זאת מבלי לנתח את רכיבי השכר ומבלי לייחס את החיוב לכל עובד בנפרד).**

41. כך למשל, אם מעביד מסוים ערך תשע פעילויות רווחה לעובדיו (בחלק מהפעילויות השתתפו כל עובדיו ובאחרות השתתפו עובדים אחרים בכל פעם), הסדרי הפשרה לא יקבעו ביחס לכל פעילות ופעילות ממצאים בנוגע לשאלה האם הפעילות מבטאת הטבה שמהווה הכנסת עבודה של העובדים, מה מתוך הפעילות מבטא הטבה שמהווה הכנסת עבודה של העובדים ומה שוויו של חלק זה. שומת הניכויים יקבעו על פי רוב, ביחס לכל פעילויות הרווחה הני"ל במאוחד, סכום אחד גלובאלי, שנקבע על דרך הפשרה כהכנסת עבודה. במקרים אחרים, יכול שיקבע סכום כאמור אף מבלי לשייכו לסוג הטבה זה או אחר.

42. כאשר הפשרה הני"ל מושגת מול רשויות מס הכנסה, המוסד מורה למעבידים (ואף מתמרץ אותם לעשות כן), למלא את חובת הדיווח המוטלת עליהם באמצעות דיווח גלובאלי על הסכום הגלובאלי שנקבע בשומת הניכויים ולמלא את חובת תשלום דמי הביטוח באמצעות תשלום של סכום גלובאלי שנגזר מהסכום הקבוע הגלובאלי שנקבע בשומת מס הכנסה הני"ל.

העתק חוזר גבייה ממעבידים, מס' 1156 מיום 4/09/1989 וכן העתק חוזר גבייה ממעבידים מס' 1248 מיום 13/08/1992, מצ"ב ומסומנים **באותיות ב1** ו- **ב2** בהתאמה. פרסום של המוסד מיום 11.02.2009 המתמרץ מעבידים לפעול כאמור, מצ"ב ומסומן **באות ג1**.

43. כאשר ההטבות השונות לא נקבעו כהכנסת עבודה על ידי רשות המיסים, המוסד הוא זה שקובע (בין על דרך הפשרה ובין לפי מיטב השפיטה) את ההטבות הללו כהכנסת עבודה וכן את הסכום הגלובאלי המבטא את ההכנסה שבגינה יש לשלם את דמי הביטוח.

44. בשני המקרים הקביעות בנוגע לשכר הנוסף מתקבלות בשעה שידוע למעביד ולמוסד שקיימים עובדים ספציפיים (עובדים שקיבלו גמלאות מחליפות שכר בתקופה שאליה מתייחסות הקביעות בנוגע לשכר הנוסף) שיהיו זכאים לתוספת גמלה כתוצאה מהקביעות הני"ל.

45. **אלא מאי**, לטענת המעבידים אופיין הגלובאלי של הקביעות ביחס להטבות השונות בביקורות הניכויים (כמתואר לעיל) שולל מהם את היכולת לייחס את ההטבות לכל עובד בנפרד ולפיכך אין ביכולתם לתת להטבות אלו ביטוי בתלוש השכר ו/או בכל דיווח אחר ללא הנחיות מפורטות מהמוסד לגבי קביעת נוסחה מוסכמת שתאושר ע"י המוסד על האופן שבו על המעבידים לחשב את הסכום אותו יש לייחס לכל עובד, בל יחטאו בדיווח שאינו דיווח נכון.

כך למשל, מצ"ב מכתב פניה למוסד מיום 17.11.2002 המסומן **באות ד1**, מכתב פניה מיום 10.12.2002 המסומן **באות ה1**, מכתב פניה מיום 17.6.2003 המסומן **באות ו1**, מכתב פניה מיום 28.10.2003 המסומן **באות ז1**.

46. ואולם המוסד מסרב להיענות לפניות אלו ולא משלם את הפרשי הגמלאות לעובדים. טענת המוסד בהקשר זה היא, כי השיטה הגלובאלית, קרי ייחוס ההטבות לכל עובד על פי נוסחה אינה מאפשרת תשלום מדויק של ההפרש המגיע לכל עובד, וכי שיטה זו מנוגדת לחוק.

מצ"ב תגובת המוסד מיום 16/05/2001 המסומנת באות ח', תגובת ראש אגף גמלאות מחליפות שכר במוסד מיום 21.7.2003 המסומנת באות ט', העתק פרוטוקול של דיון שנערך במוסד בנושא הפרשי מילואים מיום 26/11/2003 המסומן באות י', העתק פנייה למעסיק מיום 7/12/2003 בעקבות הדיון מיום 26/11/2003, המסומן באות יא'.

47. כך למשל ציין בתגובתו מיום 21.7.2003, ראש אגף גמלאות מחליפות שכר במוסד :

"לצערנו לא נוכל להיענות לבקשתכם באשר לדרך החישוב של הפרשי תגמולי מילואים המגיעים לעובדים אשר קיבלו במהלך השנים הטבות שכר אשר לא הובאו לידי ביטוי בתלושי השכר.

השיטה הגלובאלית אותה הינכם מבקשים לאמץ, אינה מאפשרת תשלום מדויק של ההפרש המגיע לכל עובד ואין המוסד לביטוח לאומי יכול לתת יד לפגיעה בזכות האישיית שנוצרה לכל עובד מהחובה לכלול את ההטבה המדויקת בבסיס לחישוב תגמולי המילואים"

48. זהו המקום לציין כי בעבר אישר המוסד באופן חד פעמי תשלום הפרשי גמלאות על פי נוסחה גלובאלית (לפי מיטב השפיטה) שהוצעה על-ידי מעסיקים שפנו אליו (ראה תגובת מנהל אגף גמלאות מחליפות שכר מיום 16/07/2001 המצ"ב ומסומנת באות לב').

49. לעניין אישור חד פעמי זה, ראו הדברים הבאים שציין בתגובתו מיום 21.7.2003 (המסומנת באות ט'), ראש אגף גמלאות מחליפות שכר במוסד :

"כפי שצינתי כבר במכתבי מיום 26/8/01 סוכם לבצע את התשלומים הגלובאליים של ההפרשים, לתקופה קצובה, לשנים 95-99.

האישור החריג שניתן בזמנו היה חד-פעמי ובין היתר הוא אושר בשל הקושי שהיה קיים לשחזר את התשלומים האישיים של כל עובד – כאשר אלה לא נוהלו ברמה האישיית"

50. מבירור שנערך מול הממונה על חופש המידע במוסד, הודה הממונה על חופש המידע כי במהלך כל השנים, מאז הוקם האגף לביקורת ניכויים במוסד, (האגף הוקם לפני למעלה מ- 20 שנים !!!) לא טרחה המוסד להנחות את מבקרי הניכויים אם באמצעות הנחיות פנימיות, הוראות נוהל ו/או כל מנגנון אחר כיצד עליהם לפעול על מנת שהקביעות של המוסד יהיו מסוימות דיין כדי שהלכה למעשה יכללו ייחוס של השכר הנוסף לעובדים הזכאים לקבל הפרשי גמלה על מנת שהקביעות לעניין השכר הנוסף יוכלו להוות בסיס לא רק לגביית דמי הביטוח אלא גם לתשלום הגמלאות (מצ"ב פנייה לממונה על חופש המידע מיום 30/3/2008 המסומנת באות יג' וכן תגובת הממונה מיום 22/6/2008 ותוות הדעת של הלשכה המשפטית של המוסד מיום 6.5.2004 המאוזכרת בתגובה הנ"ל, המסומנות באותיות יד' ו- טו' בהתאמה).

51. באותו עניין קבע מבקר המדינה בדו"ח מס' 57 לשנת 2006 (להלן: "דוח שנתי 57ב"), המצ"ב ומסומן באות טז', כי למחלקת ביקורת ניכויים של המוסד אין נוהלי עבודה כתובים, וההנחיות למבקרי הניכויים ניתנות בעל פה או באמצעות חוזרים. על כן, נאמר שם כי לדעת משרד מבקר המדינה, על המוסד לגבש נהלים כתובים לעבודת יחידת ביקורת ניכויים, ולוודא שיחידת מבקרי הניכויים ממלאים את הנהלים. עם זאת, עד כה טרם נכתבו הנחיות ו/או נהלים וניכר כי המוסד בוחר לעצום את עיניו כדרכו.

ג.6. פניות למוסד מן העת האחרונה בנוגע לליקויים הקיימים באופן הגביה

52. במכתב מיום 11/01/2009, הוסבה פעם נוספת תשומת לב המוסד לעיוות המתמשך הקיים בתחום זה (העתק החלק הרלוונטי מהפנייה מיום 11/01/2009 ליועמ"ש במוסד מצ"ב ומסומן באות יז'). ואולם, למרבה הצער, מתשובתו של המוסד מיום 16.03.2009 עולה כי עמדתו שמנציחה את העיוות הקיים נותרה כשהייתה.

העתק החלק הרלוונטי מתגובת המוסד מיום 16.3.09 מצ"ב ומסומן באות יח'.

53. עמדתו של המוסד הינה כי תכליתה של תקנה 8(א) לתקנות הגביה היא להבטיח כי המוסד ימלא את חובתו לגבות דמי ביטוח בשיעורים שנקבעו בחוק, ובהתאם לדיווחים בטופס 102 גובה המוסד את הסכומים, כך שאופן ישום התקנה על-ידי המוסד, קרי; באופן גלובאלי, מתיישב עם תכלית החוק. ביחס לחישוב גמלאות מתליפות שכר להן זכאים עובדים, טוען המוסד כי הדבר נעשה בהסתמך על תלושי שכר שהמוסד מקבל מהעובדים.

54. באשר לסוגיית ביקורות הניכויים גורס המוסד כי החובה לתקן את תלושי השכר של העובד בעקבות ביקורת הניכויים חלה על המעביד כאשר אך בכפוף לתלוש מתוקן ישלם המוסד את הפרשי הגמלה.

55. זהו המקום לציין כי בסמוך למועד הגשת תובענה זו פנתה עו"ד מנגל פעם נוספת למוסד בנושא ביקורת הניכויים ואולם מתגובת המוסד עולה כי עמדת המוסד המפורטת דלעיל נותרה בעינה ולא חל בה כל שינוי.

מצ"ב פנייתה של עו"ד מנגל מיום 12/10/2009 למוסד המסומנת באות יט' ותגובת המוסד מיום 20/10/2009 המסומנת באות כ'.

ג.7. הפגיעה שנגרמת לעובדים כתוצאה מהאופן שבו המוסד גובה את דמי הביטוח

56. למעבידים יש שלל סיבות והסברים לחוסר יכולתם לייחס את ההטבות השונות לכל עובד (וממילא לציין בתלושי השכר) ודי בהן כדי להנציח מול העובדים את המצב הקיים שבו המעביד נמנע מלמסור לעובד, בין בתלוש ובין בכל דרך אחרת, מה הגידול בהכנסתו של העובד עקב ההטבות השונות שלא מקבלות ביטוי בתלושי השכר.

57. ואולם, אילו היה המוסד ממלא את חובתו לגבות את דמי הביטוח באופן הקבוע בדין תוך שימוש בסמכויות שניתנו לו בחוק על מנת למלא חובתו זו לא היה בכוחם של המעבידים

להביא לתוצאה שבה הן בתלושי השכר של העובדים והן בדיווח למוסד לא יהיה אף מענה לשאלה מהו שכרו הנוסף של העובד.

58. כך למשל, ברור לכל בר בי רב שדי היה שהמוסד היה דורש מהמעבידים להגיש לו דין וחשבון מפורט ביחס לשכר וכן להטבות השונות שהמעבידים משלמים לכל עובד (דרישה שבצידה סנקציות שונות) כדי לגרום למעבידים, במקרים רבים, לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד בין בתלוש השכר ובין באמצעי אינפורמטיבי אחר. יצוין כי "טופס דין וחשבון מפורט" כמתחייב בתקנות לא קיים כלל בסניפי המוסד.

59. רוצה לומר - אם המוסד היה מאפשר למעביד למלא את חובתו בכל הקשור לדיווח ולתשלום דמי הביטוח הרי שהמעביד היה מקיים את חובתו ולעובדים הייתה יכולת לממש את האפשרות לקבל גמלה גבוהה יותר על בסיס ההכנסה שבפועל שולמו בגינה דמי ביטוח בעדם (במקום להימנע מלממש את זכותם וזאת עקב חוסר יכולתם לגרום למעביד לעשות משהו שהוא אינו יכול ו/או אינו חפץ או עקב הרצון המובן שלהם להימנע מקונפליקט עם המעביד) או למצער, המעביד היה מבין שסירובו ליתן להטבות הספציפיות ביטוי מול העובד, חסר תוחלת לאחר שהדבר קיבל ביטוי מול המוסד דבר שהיה סולל את הדרך של העובד לקבלת המידע הנדרש ללא קושי.

60. זאת ועוד, מאחר שהמוסד מאפשר למעביד לדווח ולשלם את דמי הביטוח באמצעות דיווח ותשלום גלובאליים נשללת מן העובד (כמו גם מהמוסד) היכולת לוודא שיש התאמה בין השכר שצוין בתלוש לבין השכר שבגינו שולמו דמי הביטוח וגם במובן זה נפגעות זכויותיו של העובד.

61. מכאן צא ולמד, שורש הבעיה שעמה מתמודדים העובדים בקבוצה המיוצגת הוא שבעטיו של מעשה שהמוסד עושה באופן מובהק בניגוד לדין, מחד גיסא, המעבידים יכולים לצאת ידי חובת הדיווח ותשלום דמי הביטוח מבלי לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד ומאידך גיסא, המוסד יכול לצאת ידי חובתו (או עם מלוא תאוותו) לגבות את דמי הביטוח מבלי להתמודד עם חוסר יכולתם או חוסר נכונותם של המעבידים לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד.

62. בעיה זו מתחזקת באותם מקרים שבהם כאמור לעיל המעבידים או חוזים בטענה לפיה נבצר מהם לייחס לכל עובד את ההטבות הספציפיות בשל האופן שבו המוסד מפעיל את סמכות הגביה שלו לפי ס' 358 לחוק.

63. כך קורה שהמעבידים מעלים את הטענה שהם אינם יכולים לייחס את ההטבות הספציפיות במצב המתואר לעיל פן יחטאו במתן מידע לא מדויק ואילו המוסד מסתתר מאחורי הטענה שבהיעדר מידע מדויק באשר לחלקו של העובד בהטבות השונות, אין ולא ניתן לתת לעובד גמלה מחליפת שכר אלא על פי השכר שמופיע בתלוש השכר (על אף שידוע שהשכר הנייל אינו כולל את ההטבות השונות) ואילו העובד שאין ברשותו מידע כלשהו שיכול לאפשר לו למלא את החסר "נופל בין הכיסאות".

64. כלומר, שוב קורה שהמוסד והמעבידים מצויים כל אחד משיקוליו במצב שהגביה תמשיך להתבצע כך, שנה אחר שנה, מזה עשרות שנים, מבלי להגיע לפיתרון מוסכם שיאפשר לבצע את הגביה על בסיס דין וחשבון שבו מפורטת ההכנסה של כל עובד אשר יהווה בסיס הן לתשלום דמי הביטוח והן לתשלום הגמלה והניזוק היחידי מהמצב הקיים הוא העובד שאין בכוחו לפתור את המחלוקת בין המוסד לבין המעביד באשר לאופן שבו יכול וצריך המעביד לייחס את ההטבות השונות שנקבעו בשומת הניכויים כשכר נוסף של העובד.

65. התוצאות של האמור קשות.

66. על פי נתוני המוסד סכום דמי הביטוח הלאומי הנגבים ממעסיקים בכל שנה, בביקורות ניכויים עולה על 100 מיליון ₪ ובשנים 2008 ו-2009 הוא היה 148,000,000 ₪ ו-227,000,000 ₪ בהתאמה.

מכתבו של הממונה על העמדת מידע לציבור במוסד מיום 12.01.2010, מצ"ב ומסומן באות כא'.

67. לעניין השאלה כמה עובדים פנו בפועל לקבלת הפרשי גמלאות בעקבות ביקורת ניכויים טען המוסד כי הפקת הנתונים כרוכה בהקצאת משאבים בלתי סבירה. אלא שתגובה זו סותרת ממצאים מפורשים של מבקר המדינה שנסמכו על הצהרות ונתונים של המוסד עצמו, לפיה עובדים לא פנו בעבר לקבלת הפרשי גמלאות בעקבות חיובי המעסיקים בביקורות ניכויים (ראו: עמ' 803-801 לדו"ח שנתי 57ב', המסומן באות טז').

(מצ"ב העתק הפנייה לממונה על חופש המידע מיום 30/7/2008, תגובת הממונה מיום 05/03/2009 ותשובה לתגובת הממונה מיום 08/03/2009 המסומנים באותיות כב1 כב2- כג' בהתאמה).

68. אם כך, הראייה לאמיתותן של הטענות לעיל בדבר הקשיים העומדים בפני עובדים בדרך למימוש זכאותם להפרשי גמלה הינה מבחן התוצאה - לפיו עובדים לא פנו מיוזמתם אל המוסד ולא קיבלו הפרשים של גמלאות מחליפות הכנסה בסכומים של מאות עד אלפי שקלים לעובד מן המוסד לצד גביית דמי הביטוח ממעבידם עבורם.

69. יוצא אפוא, כי המוסד גבה במהלך השנים, דמי ביטוח, בסכום כולל של מיליארדי שקלים בלי ששילם לעובדים בגינם את מלוא הגמלאות מחליפות השכר, כמתבקש מהוראות החוק ומתכלית הגבייה. (לעניין זה ראה גם העתק כתבה שפורסמה ביום 22.1.2009 בעיתון "כלכליסט" המצ"ב ומסומנת באות כד').

ד. גבייה שלא כדין

המבקשת תטען כי גביית דמי הביטוח הנוספים על-ידי המוסד הינה גבייה שלא כדין וזאת מן הטעמים הבאים:

1. גביית דמי הביטוח מבלי לדרוש דין וחשבון בדבר השכר המשתלם לכל עובד מהווה

גבייה שלא כדין של דמי הביטוח

70. המבקשת תטען כי מקום בו לשון החוק ברורה ואינה משתמעת לשתי פנים אין כל מקום לפרשו על פי תכליתו ועל בעל הסמכות לקיימו פשוטו כמשמעו כמצוות המחוקק שאם לא כן, ימצא בעל הסמכות כמי שמפר את הדין (ראו למשל ע"פ 282/61 זילברשלג נ' מדינת ישראל, פ"ד כא(2) 797, 801 וכן ע"א 245/74 הרשות המוסמכת לצורך חוק רדיפת נכי הנאצים נ' זילבר, פ"ד כט(1) 271, 275).

71. לשונו של סעיף 355(2) לחוק ושל תקנה 8(א) לתקנות הגבייה היא מפורשת: גביית דמי הביטוח מצווה להיעשות על בסיס טופס שמחייב את המעביד ליתן דין וחשבון בדבר "השכר המשתלם לכל אחד מעובדיו...".

72. אי לכך, יהיו אשר יהיו טעמיו של סירובו של המוסד לבצע את הגבייה באופן האמור, אין ולא יכול להיות שיהיה בכוחם כדי לשנות את העובדה הפשוטה והיא שהמוסד גובה את דמי הביטוח בניגוד לאופן הקבוע בדין.

73. המבקשת תוסיף ותטען, למעלה מן הנדרש ומטעמי זהירות יתר בלבד כי גם אם נצא לצורך הדיון בלבד מנקודת הנחה כי הלשון של ס' 355(2) לחוק ושל תקנה 8(א) לתקנות הגבייה מאפשרת אפשרויות לשוניות נוספות נגיע לאותה מסקנה כמפורט להלן:

א. המבקשת תטען כי במקרה כאמור, על בית המשפט לבחור את זו המגשימה את תכלית החקיקה (ראו ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75; ע"א 674/85 אליהו חברה לביטוח נ' ז'ק, פ"ד מ"ג (1) 356, 364; ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נ"ח (4) 314, 372-373).

ב. תכלית זו מבוססת כידוע על שני יסודות - הסובייקטיבי והאובייקטיבי: התכלית הסובייקטיבית מהווה את הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר יוצר הטקסט ביקש להגשים. התכלית האובייקטיבית מהווה את הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר הטקסט צריך להגשים בחברה דמוקרטית והם משקפים ערכי יסוד של השיטה. (ראו ע"א 4030/03 מפעלי גרנות - אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' מס הכנסה - פקיד שומה למפעלים גדולים, תק-על 2007(3), 203 (2007)).

ג. המבקשת תטען כי אחד מעקרונות היסוד שמבטא חוק הביטוח הלאומי כחלק בלתי נפרד מהערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר המחוקק ביקש להגשים בחוק הביטוח הלאומי הוא ליצור התאמה בין השכר של

העובד שבעדו נגבים דמי הביטוח לבין השכר שבעדו משולמות לעובד גמלאות מחליפות שכר.

- ד. עקרון יסוד זה של החוק בא לידי ביטוי בפסקי דין רבים של בית המשפט:
- 1.ד. כך בעניין עב"ל (ארצי) 1166/00 יהודית הלפרין נ' המוסד לביטוח לאומי, תק-אר 2003(4), 89, 96 (2003) פסק בית הדין הארצי לענייני עבודה בעניין שנדון לפניו כי זכאותה של המערערת לשכר הנוסף במסגרת התשלום של דמי לידה צריכה להיקבע לפי אותה שיטה של תשלום דמי הביטוח וכ"תמונת מראה" לחיוב בתשלום דמי הביטוח.
 - 2.ד. כמו כן, בית הדין הארצי הוסיף ופסק בעניין הלפרין הנ"ל המילים: " התשתית לגמלה זו - ובענייננו "דמי הלידה" - נובעת מן "ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח... אין מחלוקת על הזיקה הקיימת מתוקף הוראותיו של חוק הביטוח הלאומי, בין ההכנסה שממנה מגיעים דמי הביטוח מן המבוטחת לבין שיעורם של דמי הלידה שישתלמו לה, כפי שהיא מעוגנת בתקנות דמי הביטוח".
 - 3.ד. ביטוי לעמדה זו ניתן גם על ידי השופט עמירם רבינוביץ בעניין עב"ל 205/97 אילנה לייטנר נ' המוסד לביטוח לאומי, תק-אר 99(3), 17 (1999), שם נקבע כי הביטוי "הכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח", בו נעשה שימוש בחוק ובתקנות, יוצר את הזיקה בין ההכנסה לצורך החיוב בדמי ביטוח להכנסה לעניין קביעת שיעור דמי לידה.
 - 4.ד. ביטוי נוסף לאמור, ניתן למצוא גם בהחלטת בית הדין הארצי לעבודה מיום 30.07.2007 בעניין עב (ב"ש) 2273/06 ליסיץ מיכאל נ' סיון רוני מיזוג ואיוורור אילת בע"מ, תק-עב 2009(3), 52 (2009), שם נפסק, באלו המילים: "על פי סעיף 342 לחוק הביטוח הלאומי חייב מעביד בתשלום דמי ביטוח בעד עובדו. אין חולק, כי חייב המעביד לדווח לביטוח לאומי דיווח אמת על שכרו של העובד. אין ספק, כי חקיקה זו נועדה גם לטובתו של העובד ובפרט במקרה בו עסקינן, בו העובד נפגע במהלך עבודתו וזכאי לקבלת תגמולים מהמוסד".
 - 5.ד. דברים דומים ברוח העיקרון האמור נאמרו על ידי בית המשפט בעניין בל (ת"א) 3066/05 רובין נחמיה נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו), שם צוין כי: "ההכנסה עליה מבססים את תשלום דמי הביטוח הלאומי, מהווה בסיס לא רק לגביית דמי הביטוח, אלא גם בסיס לתשלום גמלאות אשר על פי חוק הן יחסיות להכנסה או מהוות תחליף להשתכרות או להכנסה. על מנת להגשים את תכלית תשלומן של גמלאות מכח חוק הביטוח הלאומי, יש לבססה על הכנסתו האמיתית של המבוטח".

- 6.ד. וראו גם דב"ע נה/0-14 "גדות" תעשיות פטרוכימיות בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו) שם נקבע כך: "תשלומי דמי הביטוח הלאומי

Prof. BEIN & Co.-Law Office

פרופי ביין ושותי-משרד עורכי דין

אינם מושתתים על בסיס של גיל, מין, מצב משפחתי, מצב רפואי וכיו', של המבוטחים. התשלום נקבע, בדרך כלל באחוזים, על בסיס הכנסתו של המבוטח, על פי פירוט מקורות ההכנסה שנקבעו בחוק ובתקנות לפיו, במסגרת סף מינימום ותקרת מקסימום. בסיס הכנסה זה משמש גם כבסיס לתשלום גימלה מסוג הגימלה שהיא מחליפת הכנסה... מכאן גם החשיבות של שיעור קביעת ה"הכנסה" של העובד, המשמשת כ"תחליף" להכנסתו בעת אירוע המזכה בגימלה מאת המוסד, על פי חוק הביטוח הלאומי".

ה. עיקרון יסוד זה בא לידי ביטוי גם בהקשרים נוספים בחוק ובתקנות:

1.ה. כד למשל, הוראת לשון ס' 98 (ב) לחוק - הקובעת כי ההכנסה לפיה יחשבו דמי פגיעה המגיעים לעובד הינה "ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח", אינה יכולה להשתמע לשתי פנים - המחוקק קבע מפורשות כי בסיס הגמלאות ובסיס תשלום דמי הביטוח חד המה - לא ניתן לשלם לפי בסיס אחד ולקבל גמלאות לפי בסיס אחר.

2.ה. כד למשל, הוראת תקנה 5 לתקנות הביטוח הלאומי (הגשת תביעה לגמלה ואופן תשלומה), התשנ"ח-1998 קובעת כי "על אף האמור בתקנה 1 רשאי המוסד לשלם גמלה מסוג מסוים בהסתמך על נתונים שבמאגר מידע, אף אם לא הוגשה לו תביעה" - הווה אומר, בין היתר, על בסיס ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח.

3.ה. כד למשל, תקנות הביטוח הלאומי (הגשת תביעה לגמלה ואופן תשלומה), התשנ"ח-1998 קובעת כי "ראה פקיד התביעות... שנתגלו אי-התאמות בין המסמכים והנתונים שהגיש התובע לבין הנתונים שבמאגר המידע שברשותו של המוסד - יודיע על כך המוסד לתובע..." - הווה אומר, למשל, אי התאמה בין השכר שמופיע בתלוש לבין ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח.

ו. למותר לומר שעל מנת שניתן יהיה ליצור התאמה בין ההכנסה שבגינה שולמו דמי ביטוח בעד העובד לבין ההכנסה שמזכה בגמלה מחליפת שכר, חייב להיות בידי המוסד נתון לגבי ההכנסה שבגינה שולמו דמי ביטוח בעד העובד ומכאן, שעמדת המבקשת באשר לחובה המוטלת על המוסד מכוח ס' 355(2) לחוק ותקנה 8(א) לתקנות הגביה מתיישבת באופן אינהרנטי עם תכלית החקיקה כולה אשר מבקשת ליצור התאמה בין השכר של העובד שבעדו נגבים דמי הביטוח לבין השכר שבעדו משולמות לעובד גמלאות מחליפות שכר.

ז. זאת ועוד, עמדת המבקשת אף עולה עם הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר הטקסט צריך להגשים בחברה דמוקרטית, המשקפים ערכי יסוד של השיטה ובכלל זה, זכויות אדם (ראו למשל בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין (פורסם בנבו)).

1.ז. כך למשל, הדיווח מגביר את השקיפות של פעולת המינהל (שלא לומר, הכרחי לשקיפות).

2.ז. כך למשל, הדיווח משרת את עיקרון השוויון מהטעם שהוא מגביר את הסיכוי של העובדים לקבל גמלה בגובה מלוא ההכנסה שהיוותה בסיס לגביית דמי הביטוח ללא תלות ביכולותיהם (מבחינת סטאטוס, יכולת פיננסית וכיו"ב) האינדיווידואליות לגבור על המכשולים הקיימים, אלא על בסיס מידע שזמין לכל עובד במידה שווה. כלומר, במובן זה הדיווח מאפשר להסיר את ההפליה בין עובדים אשר מעבידיהם ציינו את מלוא שכר עבודתם בתלושי השכר לבין עובדים אשר מעבידיהם לא עשו כן.

3.ז. כך למשל, הדיווח משרת את ההגנה על הזכות של העובדים לקבל גמלה בגובה ההכנסה שהיוותה בסיס לתשלום דמי ביטוח. אמנם הגישה לפיה זכות הקניין החוקתית (המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) חלה גם על "הקניין החדש" - (הכולל את אותן טובות הנאה וזכויות בעלות ערך כלכלי שמקורן ברשויות השלטון) טרם נתקבלה בבירור על-ידי ביהמ"ש אך מאידך גם לא נשללה על-ידו מעיקרא (לעניין זה ראו: ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה נ' הועדה המיוחדת פ"ד נא(2), 822; בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729; וכן ראו C.A. Reich, "The New Property", 73 Yale L.J. (1964) 733. יחד עם זאת, בכל מקרה מבלי להכריע בשאלה האם זכות העובדים להפרישי גמלה חוסה בצילו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אם לאו, תטען המבקשת כי שככל שישנה אפשרות לפרש את הוראות סעיף 358 כך שמחויב המוסד להפעיל את סמכות הגבייה שלו באופן אשר מוביל למיצוי מלא של זכויות העובדים לקבלת גמלה הרי שיש להעדיף פירוש זה כאמור (ראו: אהרון ברק, פרשנות במשפט, פרשנות חקיקה, תשנ"ג בעמ' 553).

74. אשר על כן, המבקשת תטען כי די באמור לעיל כדי לבסס את המסקנה שדמי הביטוח נגבים בניגוד לאופן הקבוע בדין - הווה אומר, בניגוד לדין.

2.ד. גביית דמי הביטוח על בסיס גלובאלי במסגרת ביקורת ניכויים נוגדת את הדין

75. המבקשת תטען כי אופן גביית דמי הביטוח במסגרת ביקורת הניכויים; קרי גביה באופן גלובאלי, הינה בניגוד להוראות סעיף 358 ממנו שואב המוסד את סמכותו לערוך ביקורת ניכויים ועל כן הגבייה המתבצעת הינה שלא כדין.

76. מבחינה לשונית, הוראות סעיף 358 קובעות כי במידה ופקיד הגביה משוכנע כי הסכום הנקוב בדין וחשבון שהמעביד הגיש למוסד לפי התקנות (קרי; תקנה 8(א) לתקנות הגבייה) אינו משקף נכונה את המצב בפועל הרי שרשאי הוא לקבוע את דמי הביטוח שיש לשלם, ובמילים אחרות - את שכר העבודה אשר ממנו נגזר סכום דמי הביטוח.

77. המבקשת תטען כי את הדיבור "ישאי הוא לקבוע את הסכום המגיע כדמי ביטוח שיש לשלם" יש לפרש בהקשר של ההוראה בה הוא מופיע ואת ההוראה כולה בהקשר בו היא מופיעה (ראו א' ברק "פרשנות במשפט", כרך שני בעמ' 104).

78. מאחר ובהתאם לתקנה 8(א) (שקדמה לחקיקתו של סעיף 358) המעביד מחויב להעביר למוסד דין וחשבון ובו פירוט השכר המשתלם לכל אחד מעובדיו הרי שקריאה במצטבר של הוראות תקנה זו וסעיף 358 מובילה למסקנה הבלתי נמנעת כי משמעות הדיבור "לקבוע את הסכום המגיע כדמי ביטוח שיש לשלם" הינה שפקיד הגביה הראשי נכנס לנעלי המעביד לצורך קביעת הסכום המגיע כדמי ביטוח שיש לשלם עבור כל עובד בנפרד ועליו להפעיל את סמכותו לגבות את דמי הביטוח על בסיס קביעה בדבר דמי הביטוח שיש לשלם בגין כל עובד בנפרד.

79. המבקשת תטען כי פרשנות כאמור להוראות סעיף 358 לחוק, תואמת מבחינה לשונית את לשון הוראות הסעיף וכן מגשימה את תכליתה של הנורמה המעוגנת בסעיף הנ"ל בפרט ובחוק הביטוח הלאומי ככלל ואף מגשימה את עקרונות היסוד של השיטה המשפטית כולה וזאת לאור כל אחד מהטעמים הבאים:

א. פרשנות זו מגשימה את התכלית של יצירת התאמה בין השכר של העובד שבעדו נגבים דמי הביטוח לבין השכר שבעדו משולמות לעובד גמלאות מחליפות שכר, אשר מהווה כמפורט לעיל חלק בלתי נפרד מהערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר המחוקק ביקש להגשים בחוק הביטוח הלאומי.

ב. פרשנות זו, מתיישבת לא רק עם התכלית הנ"ל אלא גם דרושה לצורך גבייה התואמת את הוראות החוק ובתור שכזו היא מביאה להתאמה והרמוניה בינה לבין שאר הוראות החוק.

ב.1. כך למשל, תטען המבקשת כי קביעה של דמי הביטוח באופן פרטני עבור כל עובד עולה בקנה אחד גם עם הוראות ס' 348 לחוק הקובע כי: "א) לענין דמי ביטוח המשתלמים לפי הוראה מהוראות סעיף 335 לא יבוא בחשבון סכום ההכנסה של המבוטח העולה על הסכום המרבי המתקבל לפי האמור בלוח י"א."

בהתאם לסעיף הנ"ל עולה כי קביעת שכר העבודה של כל עובד באופן פרטני הינה הכרחית לשם גבייה חוקית מאחר ויתכנו מקרים בהם המוסד לא יהא רשאי על-פי חוק לגבות דמי ביטוח במסגרת ביקורת ניכויים עבור שכר עבודה נוסף (או חלק ממנו) של עובד מסוים במידה והכנסתו של אותו עובד עולה על הסכום המרבי לפי לוח י"א לחוק או ששכר עבודתו אינו עולה על הסכום המרבי, אך בעקבות קבלת שכר העבודה הנוסף עובר שכרו את התקרה, כך שעתה על פי סעיף 348(א), רק חלק מסוים משכר העבודה הנוסף חייב בדמי ביטוח.

ב.2. בהתאם לאמור, למשל, במקרה של מעביד פלוני שהוציא חמישה מעשרת עובדיו להשתלמות בחו"ל על חשבונו שעה שהמעביד סבור שעסקינן בהוצאה שהוצאה לטובת המעביד ועל כן אינה מהווה שכר נוסף שיש לשלם בגינו דמי ביטוח לאומי, פקיד הגביה הראשי רשאי לקבוע שההוצאה הנ"ל מהווה שכר נוסף. ואולם, **בדי כי פקיד הגביה הראשי מוסמך ואף חייב לייחס לפי מיטב השפיטה את השכר הנוסף לכל אחד מחמשת העובדים הנ"ל כדי להחליט האם יש לשלם בגינו דמי ביטוח, שכן עליו לבדוק האם מי מבין העובדים הנ"ל עבר את התקרה לתשלום דמי ביטוח ו/או יעבור את התקרה לתשלום דמי ביטוח כתוצאה מהשכר הנוסף שיש להוסיף להכנסתו ו/או באיזה מדרגת שכר נמצא כל אחד מהעובדים הנ"ל לצורך קביעת דמי הביטוח שיש לשלם בגין השכר הנוסף ולפיכך, אין לגבות דמי ביטוח בגין השכר הנוסף שנקבע ששולם לו.**

ג. מעבר לכך, פרשנות זו, נלמדת גם מתוך הקשר הדברים: לא יכול להיות חולק על כך שהסמכות של פקיד הגביה הראשי לקבוע את דמי הביטוח שיש לשלם יכולה להיות מיושמת לגבי כל אחד מהנתונים שמונחים בפניו אשר כמצוין לעיל צריכים על פי דין להתייחס לכל עובד ועובד בנפרד. **מכאן צא ולמד**: אם פקיד הגביה הראשי מוסמך להחליט שההכנסה המדווחת של עובד פלוני נראית לו נמוכה מידי ולאחר חקירה ודרישה לקבוע לו הכנסה גבוהה יותר כבסיס לתשלום דמי הביטוח (וכתמונת ראי, גם כבסיס לתשלום גמלה מחליפת שכר) אך ברור שפקיד הגביה מוסמך לקבוע שהטבות שונות מהוות שכר נוסף של מספר עובדים ובהתאם לייחס אותן לאותם עובדים.

ד. בנוסף, פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם שיטתו של המוסד שהרי כמצוין לעיל, המוסד לא חולק על סמכותו להורות על האופן שבו יש לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד לצורך קביעת ההכנסה עבור גביית דמי הביטוח וכבסיס לתשלום גמלאות מחליפות שכר, מקום בו קיים קושי לעשות כן ובלבד שקיים קושי לעשות כן.

ה. זאת ועוד, בהינתן כי יש ממש בטענת המעבידים כי אופיין הגלובאלי של הקביעות ביחס להטבות הספציפיות (כמתואר לעיל בפרק ג.5.) שולל מהם את היכולת לייחס את ההטבות ספציפיות לכל עובד בנפרד ולפיכך אין ביכולתם לתת להטבות הספציפיות ביטוי בתלוש השכר ו/או בכל דיווח אחר ללא הנחיות מפורטות מהרשות לגבי האופן שבו עליהם לעשות כן, בל יחטאו בדיווח שאינו דיווח נכון, אך ברור כי הפרשנות המוצעת ביחס לסמכותו של פקיד הגביה הראשי, מתיישבת אף עם העיקרון הפרשני שקובע כי חזקה על חוק שהוא מבקש להשיג תום לב ביחסים בין הנוגעים בדבר וכן עם העיקרון הפרשני שקובע כי מבין שני פירושים אפשריים יש לבחור בפירוש המבטיח את ההגינות הראויה בין הנוגעים בדבר ובכלל זה את החובה

של הרשות לפעול בהגינות (ראו אהרון ברק, **פרשנות במשפט, פרשנות החקיקה**, תשנ"ג, עמודים 548-549).

ו. ועוד, בחלק הארי של המקרים (אם לא בכולם) השכר הנוסף נקבע בביקורת הניכויים זמן רב לאחר קרות האירוע המזכה, כאשר גלוי וידוע למוסד שהשכר הנוסף לא קיבל ביטוי בתלושי השכר של העובדים ולפיכך לא הובא בחשבון לצורך תשלום גמלאות מחליפות שכר ששולמו לעובדים.

כלומר, קביעה ביחס לשכר הנוסף של עובדים ספציפיים תידרש על פי רוב לגבי עובדים ספורים אצל כל מעביד, שהמוסד יכול לזהות אותם כמעט "בלחיצת כפתור" על פי הנתונים שבידיו – אלו הם העובדים שהגישו למוסד תביעה בקרות האירוע המזכה (השוו: ב"ל 1161/07 מימון יהודה נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו)).

מאחר שסמכות זו לקבוע באופן פרטני את השכר לצורך תשלום דמי הביטוח (ובצדו השני של המטבע, את השכר שבגיננו לכל הפחות העובד יהיה זכאי לגמלה מחליפת שכר) מסורה לפי חוק אך ורק לפקיד הגביה הראשי, אך ברור כי אין כל היגיון לפרש את החוק כך שהקביעה הפרטנית של השכר הנוסף תעשה אך ורק במסגרת התדיינות בדרישות של העובדים לקבל את הפרש הגמלה שמגיע להם ובמנותק מביקורת הניכויים שעה שפקיד הגביה הראשי יכול ללא כל קושי לקבוע את הקביעות בעניין זה במועד ביצוע ביקורת הניכויים, עת כל המידע הרלבנטי נפרש בפניו.

בעניין זה, יובהר ויודגש כבר עתה כי לא קיים כל קושי מעשי בידי המוסד (אשר מחזיק בידיו את מלוא הנתונים בדבר ממצאי ביקורות הניכויים וכן בדבר העובדים אשר הגישו תביעה לגמלה באותם תקופות זמן אליהם התייחסה ביקורת הניכויים), לייחס את תוספת השכר הנוסף שנקבעה בביקורת זו לכל עובד ועובד ולגזור ממנה את סכומי הפרשי הגמלאות להם זכאים עובדים אלו (על נכונות דברים אלו יעיד דו"ח שנתי 57, המסומן באות טז' ואשר במסגרתו קבע המבקר במדויק את סכום הפרשי הגמלאות המגיעים לעובדים מסוימים אשר אצל מעסיקם נערכה ביקורת ניכויים, כך שאם עלה בידיו של גורם חיצוני להצליח במשימה זו ודאי שיצלח בכך גם המוסד).

אפילו ועומד קושי בפני יחידת הניכויים לעשות כן באופן מדויק הרי שאין ספק כי מקום בו קיים קושי לייחס באופן מדויק את ההטבות הספציפיות לכל עובד, היחיד שיכול לעשות כן באופן מקורב על פי מיטב השפיטה זה פקיד גביה ראשי, באמצעות יחידת הניכויים. כמו כן, בידי היחידה אשר לה נתונה גמישות יתירה בכל הנוגע לקביעת הסכום המגיע כדמי ביטוח שיש לשלם במסגרת ביקורת ניכויים נתונה גם גמישות יתירה בכל הנוגע לייחוס חלק מסכום זה לכל עובד ועובד בנפרד באופן שיש להניח שחלק הארי (שלא לומר, כל העובדים) יסתפקו בו לצורך מימוש זכאותם לקבל את הפרשי הגמלה. את האמור לעיל ניתן להסיק גם מן הגמישות הרבה הנתונה למשל בידי פקיד שומה או מנהל מע"מ בבואם להוציא שומה על פי מיטב השפיטה וכן

מהסמכויות שניתנו למוסד בחוק לצורך קבלת המידע הנדרש לצורך ביצוע החוק (השור: ע"א 8375/06 ד"ר מנחם צ'צ'קס נ' מנהל מע"מ פתח תקוה (פורסם בנבו) וכן דב"ע נה/ 234 - 0 יצחק אביד נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו)).

80. אשר על כן, המבקשת תטען כי מן המקובץ עולה כי הפרשנות הראויה לסעיף 358 לחוק היא שפקיד הגביה הראשי נכנס לנעליו של המעביד על מנת לקבוע את סכום דמי הביטוח שיש לשלם בגין כל עובד בנפרד ועליו להפעיל את סמכותו לגבות את דמי הביטוח על בסיס קביעה בדבר דמי הביטוח שיש לשלם בגין כל עובד בנפרד ולמצער על בסיס קביעה כאמור בהתייחס לעובדים שקיבלו גמלה מתליפת שכר שלא הביאה בחשבון את השכר הנוסף.

3.ד. הפעלת סמכות הגבייה באופן בלתי סביר, בחוסר תום-לב, תוך הפרת חובת ההגינות והפרת חובת הנאמנות של המוסד, באופן אשר מהווה גביה שלא כדין של דמי הביטוח

81. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, תטען המבקשת כי אפילו וסעיף 358 לחוק אינו מחייב מפורשות את פקיד הגביה לקבוע סכום של דמי-ביטוח שיש לשלם עבור כל עובד בנפרד ואפילו ותקנה 8(א) לא נועדה להבטחת זכויות העובדים הגם שזו תוצאה מסתברת שלה, הרי שפעולת גבייה אשר לא נעשית בדרך זו, ביחס לעובדים שזכאים לקבל הפרשי גמלה, הינה הפעלה של סמכות באופן חסר סבירות תוך הפרה של חובת תום הלב, הנאמנות וההגינות של המוסד כלפי מבטוחיו ומשכך נעשית בניגוד לדין.

82. ככלל חובה על רשות מנהלית "להפעיל את סמכותה בדרך הראויה לנאמן שהסמכות הופקדה ביזו כדי לשרת את טובת הציבור" (ראו י' זמיר "הסמכות המנהלית" בעמ' 673).

83. מעמדה המיוחד של הרשות כנאמן הציבור מטיל עליה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב, בתום לב ובהגינות (ראו בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729; א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 480). כאמור, חובת ההגינות המוטלת על כל רשות הינה חובה מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט (ראו בג"צ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853).

84. דברים אלו מקבלים משנה תוקף בייחוד לאור יחסי ה"שכנות" המיוחדים שבין המוסד למבטוחיו הנובעים מאופיו ומטרתו של המוסד אשר הינה הענקת ביטחון סוציאלי למבטוחיו.

85. לעניין זה ראה למשל תב (ארצי) 115-0/נה מרים יחזקאל נ' המוסד לביטוח לאומי (1995) (פורסם בנבו) שם נקבע כך:

"שיקול דעת הנתון בחוק למוסד לביטוח לאומי, כשיקול דעת הנתון לכל רשות ציבורית, אינו שרירותי. הוא כפוף בראש וראשונה לדרישת תום הלב, הוא כפוף גם לכללי ההגינות והנאמנות כלפי הציבור החלה על כל רשות מנהלית. זאת מכוח אותה דואליות נורמטיבית המחילה על רשות מנהלית, הן נורמות מהמשפט הפרטי והן נורמות מהמשפט הציבורי. מכוח נורמות מהמשפט המנהלי, חובת תום הלב מוגברת ... בענייננו מדובר בביטחון סוציאלי, ועל-כן חובת הנאמנות של המוסד לביטוח לאומי כלפי האזרחים גדולה עוד יותר.

למעשה מדובר כאן ב"טריאליות" נורמטיבית - חלות על העניין נורמות מן המשפט הפרטי, עליהן כנדבך נוסף חלות נורמות מן המשפט המנהלי מכוח חובת הנאמנות המיוחדת של גוף ציבורי כלפי הציבור, ועל שתי מערכות נורמות אלו חלות נורמות משטח הביטחון הסוציאלי."

86. וכן ראו תא (ת"א) 62750/06 רוזנוקס ארנה ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו) שם נפסק כי אחד הביטויים המובהקים של חובות הזהירות, הגילוי והנאמנות המוטלות על המוסד הוא חובתו לא לפגוע באפשרות של המבוטחים למצות את זכויותיהם באופן המרבי וכלשונו של בית המשפט: "... על המוסד מוטלת חובת זהירות כלפי מבוטחיו, חובה שבסיסה רחב ומורכב מחובות תום הלב מכוח המשפט הפרטי והמנהלי, ומחובת הנאמנות המוטלת עליו בהיותו מוסד ציבורי, במיוחד נוכח אופיו כמוסד שמטרתו הענקת ביטחון סוציאלי למבוטחיו. יחסי ה"שכנות" המיוחדים שבין הנתבע למבוטחיו, הנובעים מאופיו ומטרתו, מקימים חובת זהירות מוגברת של הנתבע למבוטחיו". אחד הביטויים המובהקים של חובות הזהירות, הגילוי והנאמנות המוטלות על הנתבע, הוא חובתו... לנקוט בכל אמצעי הזהירות על מנת שלא להטעותו או להציג בפניו מצג שעשוי לגרום לו לנהוג בדרך שתפגע באפשרותו למצות את זכויותיו באופן המירבי".

87. לפי פסיקת בית המשפט, על יסוד חובת הגינות זו, העקרונות הכלכליים שנתקבלו בפסיקה וההכרה כי חוק הביטוח הלאומי נועד ליתן מענה למבוטחים עת אירע "אירוע מזכה", יש לפרש את תכליתו של החוק ולבחון את חובות המוסד בעניינינו (ראו ב"ל 1161/07 מימון יהודה נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו)).

88. גביית דמי הביטוח באופן גלובאלי ושלא באופן פרטני, ללא שימוש בטופס כנדרש בחוק, תוך התפרקות מסמכויות האכיפה של הגביה ובמסגרת ביקורות הניכויים הינה הפעלת סמכות מצד המוסד בחוסר סבירות קיצוני תוך הפרת חובת תום הלב הנאמנות וההגינות כלפי העובדים וזאת מאחר וגבייה באופן זה מונעת או לכל הפחות פוגעת באופן ממשי ביכולת של העובדים לממש את זכאותם להפרשי גמלאות והכול כפי שפורט בהרחבה לעיל.

89. בהקשר זה תפנה המבקשת לבש"א (מנהליים ת"א) 30858/06 פלדמן אהרן נ' איגוד ערים (אזור דן) (ביוב), תק-מח 2009(3), 8027 (2009), שם נקבע כך:

"המונח "שלא כדין" בסעיף 11 כולל לא רק פעולות גביה של רשות שנעשתה בניגוד לחוק, או שלא מכוח חוק, אך גם כזו שנעשתה תוך הפרה של אחת מן החובות המוטלות על הרשות במשפט המינהלי מכוח ההלכה הפסוקה..."

90. ועוד, המבקשת תטען כי כבר נפסק בד"נ 20/82 אדרס חומרי בניין בע"מ נ' הרלו וג'ונס ג.מ.ב.ה, פד"י מ"ב (1) 221, כי מכוחם של דיני עשיית עושר ולא במשפט ניתן להגן אף על ציפייה ובלשון בית המשפט שם: "קיימים מצבים רבים שבהם עשויה לבוא ההתעשרות שלא כדין מפגיעה בציפייה בלבד שאינה מגיעה לכדי זכות חוזית או קניינית".

91. כן נפסק, כי: "ציפיה של אדם, אף אם אין היא עולה כדי זכות חוזית או קניינית, עשויה להיחשב לרכושו ופגיעה בה עשוי שתוגן אף במסגרתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט". (ראו רע"א 371/89 אילן ליבוביץ נ' א.א.תי אליהו בע"מ פד"י מ"ד (2) 309).

92. כלומר, אפילו אם נניח לצורך הדיון בלבד שפקיד הגביה הראשי לא חייב לקבוע סכום של דמי ביטוח שיש לשלם עבור כל עובד בנפרד וכן שתקנה 8(א) לא נועדה להבטחת זכויות העובדים הגם שזו תוצאה מסתברת שלה, ברי כי קיימת ציפיה שהמוסד יפעל בכל האמצעים העומדים לרשותו על מנת לתקן מהשורש את העיוות נשוא בקשה זו. בפועל ציפיה זו אינה מתממשת לא מניה ולא מקצתה כתוצאה ממעשים וממחדלים של המוסד שחושפים שאיפה להנציח את העיוות הקיים ולמצער אדישות ואוזלת יד, באופן שהופך את העשרת קופתו של הביטוח הלאומי בדרך זו (דהיינו, גביית דמי הביטוח) לבלתי צודקת באופן המהווה התעשרות שלא על פי זכות שבדין.

93. יפים לעניין זה הדברים הבאים, אשר מאירים באור נוסף את האופן הלקוי והפסול שבו נוהג המוסד:

א. כאמור לעיל, על פי שיטתו של המוסד, כאשר יש קושי לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד בנפרד, יש לו סמכות לקבוע את הייחוס לפי מיטב השפיטה!

רוצה לומר, אם יש ממש בטענת המעבידים כמצוין בפרק ג.5. שקיים קושי לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד בנפרד אזי הימנעותו של המוסד מלהתיר את הקושי הנ"ל על אף שהוא הגורם היחיד המוסמך לעשות כן גובלת בחוסר תום לב קיצוני ובלתי סבירה בעליל נוכח התוצאות המסתברות של מעשיו.

מנגד, אם המוסד אוחר בעמדה שאין קושי לעשות כן, ועל כן אין מקום להפעיל את סמכותו לעשות כן לפי מיטב השפיטה, אזי אי עמידתו של המוסד על כך שהגביה תתבצע באופן הקבוע בדין כמצוין לעיל בפרק ג.3. ומעשיו שמאשרים ומעודדים את המעבידים לדוות באופן גלובאלי ולשלם את דמי הביטוח באופן גלובאלי, גובלים בחוסר תום לב משווע ובחוסר סבירות קיצוני נוכח התוצאות המסתברות של מעשיו.

ב. זאת ועוד, כאמור לעיל בפרק ג.5. המוסד מסרב להצעת המעסיקים לתשלום הפרשי גמלאות על-פי נוסחה גלובאלית מן הטעם כי אינו יכול לתת יד לפגיעה בזכות של העובדים לקבל גמלה מחליפת הכנסה בשיעור מדויק, בעוד שבפועל יודע המוסד גם יודע כי עובדי המעסיק אינם מקבלים כלל גמלאות מחליפות הכנסה כל עוד מעסיקים אינו מצוין את ההטבות שניתנו להם בתלושי השכר עקב טענתו של המעסיק שאין ביכולתו ליתן ביטוי מדויק ביחס לכל הטבה והטבה וביחס לכל עובד ועובד.

כלומר, למרבה האבסורד, המוסד מסתתר תחת טיעונים אבסורדיים בדבר הגנה על זכויות העובדים בעוד שזכויות אלו נפגעות לאורך שנים, ביוזעין על-ידי המוסד ועל

כך יעיד המצב המעוות והנמשך של אי תשלום הפרשי גמלאות לעובדים הזכאים לכך.

ג. עוד תטען המבקשת כי על אף שגביית דמי הביטוח במסגרת ביקורת ניכויים נועדה לתכלית ראויה; קרי, גבייה של דמי ביטוח על פי חוק, הרי שהאמצעים לביצועה (רוצה לומר - גבייה גלובאלית ללא ייחוס פרטני לכל עובד) אינם הולמים את המטרה והינם אמצעים הננקטים מעבר לדרוש בכדי להשיג את מטרת הגבייה ביחוד לאור העובדה כי מסכלים הם את המטרה הסופית הממוקמת מעל מטרת הגבייה כשלעצמה והיא שימוש בדמי הביטוח הנגבים לצורך תשלום גמלאות מחליפות הכנסה למבוטחים.

רוצה לומר, אפילו והפתרון שמציעים המעסיקים אשר נובע מן הקושי שלהם לייחס ולציין את ההטבות בתלוש השכר של כל עובד בנפרד, אינו פתרון נכון "לכאורה" מבחינת המוסד, הרי שהמוסד מסרב לפיתרון זה מבלי להציע פיתרון ראוי אחר מבחינתו על אף שעסקינן בבעיה שיש למוסד סמכות לפתור אותה מעצם היותו מוסמך לקבוע את השכר וכל קביעה אחרת הדרושה לצורך קביעת השכר, על דרך השפיטה.

94. יצוין כי טקטיקה זו של העלאת טענות "על גבול הלגיטימיות" מבלי לתת את הדעת על האבסורד המתמשך מזה שנים רבות - אינה זרה למוסד.

א. כך, בתביעה ייצוגית שהתבררה בביהמ"ש המחוזי בת"א, בעניין גביית תשלום יתר ע"י המוסד, התייחס ביהמ"ש בחומרה להתנהגות המוסד כרשות מנהלית:

"נראה כי שיטת "וילהלם טל" (קלע ככל יכולתך - אולי אחד החיצים יפגע) מאפיינת את המשיב... המשיב לא נהג כפי שרשות מנהלית אמורה לנהוג... הרשות המנהלית אמורה לשמש נאמן האזרח ולפעול בשבילו ולטובתו. במקום לראות את האבסורד, הוא העדיף להעלות גרסאות חלופיות לא משכנעות... מדוע זה נעשה? במקום להציע מיד בתחילת הדרך פתרון נאות למצב, הוא נמלט לטיעונים משפטיים על גבול הלגיטימיות; ודוק: לעיתים גם אם יש לרשות טיעונים, חובתה לאזרח אמורה לגבור על כך ולנסות לפתור מצב כמעט קפקאי מעין זה. צא ואמור, התייחסות הרשות לבקשת האזרח, לא באה במהירות, לא באה בהזדמנות הראשונה, וגם לא בהזדמנות השנייה. בוודאי אין בכוונת המחוקק לעודד התנהגות מעין זו, שסיבותיה עלומות בעיני... (ראו תמ (ת"א) 126/06, פלורי ניסן נגד המוסד לביטוח לאומי-סניף תל-אביב. (פורסם בנבו)).

ב. כך בעניין בשא 24-176/05 (ת"א) רו"ח גבי טרבלסי ועו"ד שלמה נס, בתפקידם כנאמנים של חברת קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי - היחידה לפירוקים, תק-מח 2007(4), 8009 (2007), שם המוסד התיימר להציג את סירובו להכיר בזכויות העובדים ככזה שנעשה מתוך רצון להגן על זכויות העובדים ועל הילוכו הציני הזה הביע בית המשפט את עמדתו במילים כדורבנות אשר יפות לעניינינו אנו:

"אין לי אלא לתמוה על הדרך בה המוסד לביטוח לאומי, דווקא, מתיימר להציג עצמם כמגנה הנחוש של אותה "כבשת הרש" - וזאת לאחר שניסיון העבר מלמד כי ברוב-רובם של ההליכים שהתנהלו בעבר, היה אינטרס זה רחוק מלמלא תפקיד מרכזי בהתנהלותו והתנהלותם של הכפופים לו, וזאת בלשון המעטה. כך למשל, היה זה הביטוח הלאומי שעמד בתוקף על זכותו לבטל בהינף-יד וכמעט בלא הנמקה החלטות מעין-שיפוטיות של מפרק שניתנו לטובת עובדים של חברה בפירוק, ואשר זיכו אותם באותה "כבשת רש" בדמות גמלה. זאת, תוך שהוא טוען לזכות לשיקול דעת מוחלט, וזאת אף לאחר שעובדיו נמנעו מלהתייחס ולמעשה התעלמו במפגיע הן מהחלטת המפרק והן מפניות חוזרות ונשנות של העובדים העובדים במשך כשנתיים (פש"ר 66/98 איזדורפר נ' המוסד לביטוח לאומי, [פורסם בנבו]) - עמדה, אשר לא בכדי נדחתה בחריפות, הן בבית משפט זה, והן בערעור בבית המשפט העליון.

באותה דרך עצמה, סירב המוסד לביטוח לאומי, במשך שנים ארוכות, לשלם את המגיע לעובדים שמעבידם נקלע לפירוק בגין "דמי הודעה מוקדמת", וזאת בהנמקה משפטית מופרכת על-פניה, אשר עשתה גזירה שווה שלא כדין בין רכיב זה לבין פיצוי עונשי על הלנת שכר. אף בעניין זה, נמתחה על עמדתו זו ועל יחסו לעובדים ביקורת נוקבת בערכאות, ובסופו של יום ניתן תקדים מחייב בבית משפט העליון על-ידי כב' השופט רובינשטיין בע"א 10961/04, המוסד לביטוח לאומי נ' מתן גוטר, [פורסם בנבו], חרף כל נסיונותיו של הביטוח הלאומי "למנוע את רוע הגזירה". לאור האמור לעיל, הן בעניין המקרים שאוזכרו והן במקרים רבים אחרים שקצרה היריעה מלהזכירם, הרי שטוב היתה עושים הביטוח הלאומי ובאי-כוחו המלומדים, לו נמנעו מלכתחילה מנקיטה בקו טיעון זה, אשר גובל לכשעצמו בנסיון לגייס "טיעוני אווירה", שאין בהם ממש אף לכשעצמם."

95. המבקשת תטען כי גם לאור האמור, גביית דמי הביטוח במסגרת ביקורות הניכויים על-ידי המוסד, נעשית בניגוד לדין.

4. גביית דמי הביטוח בניגוד למטרת החוק באופן שהופך את הגביה לגביה שלא כדין

96. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, תטען המבקשת כי אפילו וסעיף 358 לחוק אינו מחייב מפורשות את פקיד הגביה לקבוע סכום של דמי ביטוח שיש לשלם עבור כל עובד בנפרד ואפילו והחובות מתחום המשפט המנהלי אינן מחייבות הפעלת סמכותו באופן זה, הרי שגבייה של כספים (אפילו ונגבו על פי חיקוק) אשר פעם אחר פעם אינם משמשים לאחר גבייתם למטרה לשמה הוענקה הסמכות לגבותם, הינה גבייה שלא כדין.

97. לעניין זה תפנה המבקשת לבש"א (מנהליים ת"א) 30858/06 פלדמן אהרן נ' איגוד ערים (אזור דן) (ביוב), תק-מח 3/2009, 8027 (2009), שם נקבע כי עיריות אשר גבו אמנם על פי חיקוק מן תושביהן אגרות ביוב איגודיות עבור איגוד ערים אך לא העבירו את הכספים שגבו אל האיגוד, גבו אגרות אלו שלא כדין מאחר וכספים אלו לא שימשו למטרתם.

Prof. BEIN & Co.-Law Office

פרופי ביין ושותי-משרד עורכי דין

יפים לעניינו הציטוטים הבאים מן הבש"א הנ"ל:

"בעניינו, קובע במפורש סעיף 14 לחוק איגודי ערים כי האיגוד רשאי להטיל אגרות והיטלים אך ורק לצורך כיסוי הוצאות הקמתו של מפעל של האיגוד והחזקתו ... לכן, אין לגבות את האגרה לצרכים אחרים, ולאחר שנגבתה אין לעשות בה שימוש אלא למטרה לה יועדה.

לאור האמור לעיל, מותנית חוקיות גביית האגרה בכך שהיא נגבית ואף משמשת בפועל לצורכי הביוב של האיגוד. אם מסתבר כי שנה אחר שנה גובות העיריות את האגרה ואינן מעבירות אותה לאיגוד במלואה, והאיגוד עצמו איננו דורש את מלוא כספי האגרה שנגבתה עבורו - המסקנה היא, לכאורה, שהכספים אינם נגבים עוד במלואם למטרה שלשמה הוסמכה הרשות לגבותם. אם כך הם פני הדברים, אין כל סיבה שהכספים לא יוחזרו למשלמי האגרות, ונוצרת יריבות בינם לבין העיריות שגבו את האגרה ונמנעו מלהעבירה לאיגוד....";

"פרשנות זו נשענת אף היא על מעמדה החוקתי של זכות הקניין של הפרט. בעניינו, משהסתבר כי אגרת הביוב נגבית על ידי העיריות עבור האיגוד במשך שנים בסכום העולה משמעותית על הסכומים שהועברו לאיגוד, וכי האיגוד לא דרש לקבל את מלוא כספי הביוב - יש בסיס משפטי לטענה כי המטרה הציבורית שעמדה בבסיס גביית האגרה נשמטה באופן שהמשך הגבייה הפך לבלתי חוקי. בנסיבות אלו עולה יותר מאשר חשש ממשי כי כספי אגרת הביוב האיגודית שימשו בחלקם למטרות שונות של העיריות, שאינן קשורות לביוב איגודי. אם יוכח כי מדובר בפרקטיקה שנהגה במשך שנים, כפי שעולה לכאורה מן הראיות שהובאו, תהא המסקנה העולה מכך שהעיריות ידעו מלכתחילה, כבר בעת שגבו את האגרה בתקופה נשוא התביעה, כי אין בדעתן להעבירה במלואה לאיגוד.... אם הדבר ידוע מלכתחילה, הרי שאי-החוקיות נעוצה לא רק בדרך שהעיריות נוהגות בכספים שגבו כאגרת ביוב, אלא בגבייה עצמה. בנסיבות אלו, ובהתאם לרעיון העומד בבסיס הילכת קרסיק, יהיה ניתן לטעון כי יש להשיב את כספי האגרה לתושבים - אם יסתבר שהם אינם נחוצים לאיגוד ושהוא איננו דורש אותם, כפי שהיה ב-15 שנים אחרונות. במקרה כזה, תקום לכאורה עילת תביעה להשבת כספי אגרת הביוב האיגודית שנגבו בשנתיים שקדמו להגשת התביעה (תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק לתביעת השבה נגד רשות)". [הדגשה שלנו - הח"מ].

98. לעניין זה ראו גם בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נה(2) 701-700, 625 שם צוין כי:

"קיים קשר הדוק בין סמכות לבין מטרה. לכל סמכות יש מטרה משלה. לעתים המטרה מפורשת בחוק ולעתים היא נלמדת, באופן משתמע, מתוך ההיסטוריה של החוק, מלשון החוק, ממהות הסמכות ועוד... אולם יש סמכויות שניתן לקרוא להן סמכויות צמודות מטרה, ובהן מטרת הסמכות צריכה להתקיים לא רק בעת הפעלת הסמכות, אלא גם לאחר הפעלת הסמכות. בסמכות כזאת הפעלת הסמכות משנה את המצב המשפטי לאורך זמן בתנאי שמטרת הסמכות קיימת כל אותו זמן. כאשר התנאי חדל להתקיים, המצב המשפטי שנוצר עם הפעלת הסמכות צריך להשתנות."

99. במקרה שלנו, העובדה שלאורך שנים רבות גובה המוסד דמי ביטוח במסגרת ביקורת ניכויים בהיקף כספי נרחב מבלי שישתלמו בעבורם הפרשי גמלאות מחליפות הכנסה לעובדים הזכאים לכך והכול באופן קבוע ושחוזר על עצמו במשך שנים רבות מתוך ידיעה ועצימת עיניים של המוסד לביטוח לאומי כי דמי ביטוח אלו אינם משמשים וכן אינם יכולים לשמש למטרתם האמיתית, מובילה למסקנה כי דמי הביטוח הללו אינם נגבים במלואם למטרה שלשמה הוסמך המוסד לגבותם ועל כן גביית דמי ביטוח אלו נעשית שלא כדין.
100. כפי שפורט לעיל פני הדברים הם שלמעבידים אין כל דרך חישובית או לחלופין אינטרס לייחס את השכר הנוסף לכל אחד מעובדיהם ולתקן את תלוש השכר שלו, שהרי בכל מקרה שילמו הם כבר למוסד את דמי הביטוח המגיעים לו.
101. כפועל יוצא מכך, המעבידים לא מייחסים בעצמם את ההכנסה הנוספת לכל עובד ולא מעדכנים את תלושי העובדים ולחלופין אין בידי העובדים את המידע והכלים המתאימים בכדי לבצע ייחוס בעצמם, ומכאן שהעובדים הזכאים להפרשי גמלה אינם עומדים בדרישה של המוסד לבסס את תביעתם על תלוש השכר שלהם.
102. לאור האמור, הפעלת הסמכות של גביית דמי הביטוח על ידי המוסד מבלי למצוא פיתרון למצב האבסורדי אשר נוצר וזאת לאורך שנים רבות ומתוך ידיעה ברורה של המוסד את תוצאות הדבר, הינה הפעלת סמכות גבייה בניגוד לתכלית החוק.
103. כתמיכה לטענה כי מטרת הגבייה של רכיבים מסוימים מדמי הביטוח אשר נגבים מן המעבידים במסגרת ביקורת ניכויים הינה תשלום גמלאות לעובדי מעבידים אלו, תבהיר המבקשת כי חוק הביטוח הלאומי אמנם מוגדר כ"חוק סוציאלי" אך אופיו הביטוחי קיים ועולה במספר הקשרים.
104. כך, אופיו הביטוחי של החוק מודגש בעיקר בכל הנוגע לחישוב סכומי הגמלאות מחליפות השכר להן זכאים העובדים כפי שפורט בהרחבה בפרק ג.2. דלעיל - ישנו קשר ישיר בין גובה ההכנסה של העובד ממנה שולמו דמי ביטוח לבין גובה הגמלה.
105. בנוסף, הזכות לקבלת גמלאות אינה זכות מוקנית אוטומאטית אלא יש צורך בתקופת אכשרה של ביטוח ותשלום דמי ביטוח כתנאי לקבלת הגמלה - לדוגמה - ביטוח זיקנה ושארים (סי' 246 לחוק) ביטוח אבטלה (סי' 160 ו - 161 לחוק) ביטוח סיעוד (סעי' 226 לחוק) דמי לידה (סי' 50 לחוק) ביטוח סיעוד (סעיף 226 לחוק), וביטוח שארים (סעיף 253 לחוק).
106. כמו כן, בהתאם לסעיף 312 לחוק רשאי המוסד לקזז מתשלומי גמלאות המגיעים ממנו לזכאי, דמי ביטוח שהזכאי חייב למוסד. עפ"י סי' 281 לחוק רשאי המוסד לנכות חוב דמי ביטוח לאומי המגיע לו מהמעביד מסכומי גמלאות שעל המוסד לשלם לעובדי המעביד כגון מילואים ודמי פגיעה בעבודה.
107. דוגמא נוספת לקשר הישיר שבין תשלום דמי הביטוח לתשלום הגמלאות הינה סעיף 343 לחוק הקובע כי מעביד אשר משלם לעובדיו שכר בעד הזמן שבעדו משתלמים להם דמי פגיעה בעבודה ישלם דמי ביטוח מופחתים בהתקיים תנאים מסוימים.

108. יתירה מכך, סעיף 28 לחוק קובע מפורשות כי כל סכום שמשלמים למוסד כדמי ביטוח ייזקף לזכות חשבונות ענפי הביטוח השונים לפי יחס שיעורי דמי הביטוח הקבוע בלוח " בחוק. כאשר הסכומים בחשבונות אלו משמשים לתשלום גמלאות למבוטחים בקרות להם אירוע מזכה. כמו כן, קובע הסעיף הנ"ל כי לכל ענף ביטוח יתנהל חשבון נפרד כאשר לא יועברו כספים מחשבון אחד למשנהו ללא אישור הגורמים הממונים בחוק.

109. בנושא זה תפנה המבקשת גם אל דבריו של ביה"ד הארצי לעבודה בדיון מא / 0 - 115 המוסד לביטוח לאומי נ' שולמית פיקהולץ (פורסם בנבו) שם עמד על ההבדל בין "מס" לבין "דמי ביטוח לאומי":

"היחסים שבין המוסד לביטוח לאומי לבין החייבים בתשלום דמי ביטוח והמבוטחים, שונים בתכלית ושונה מהות התשלום. היחסים הם במישור של "ביטוח" אם כי לא "ביטוח מסחרי" אלא "ביטוח סוציאלי", שיש עמו "תן" ו"קח" ודמי ביטוח אינם "מס" אלא תשלום שלרוב... תמורה בצידו".

110. וכן לדבריו של ביה"ד הארצי לעבודה בעניין ויולטה אולחובק נק' המוסד לביטוח לאומי – עב"ל 1381/01 (ארצי) (פורסם בנבו) שם נאמר כי: "המוסד לביטוח לאומי הופקד על הקופה הציבורית שתכליתה להגשים את הזכויות הסוציאליות של ציבור המבוטחים, לפי דין. במסגרת זו המוסד לביטוח לאומי וציבור המבוטחים אינם צדדים לעומתיים הנמצאים משני עברי המתרס, כי אם שותפים לזכויות ולחובות שבדין וככאלה חלים עליהם – אהדדי- וכחובה מוגברת, יחסי אמון, תום לב והגינות"

111. המבקשת תטען כי גם מהטעם האמור, גביית דמי הביטוח במסגרת ביקורות הניכויים על-ידי המוסד, נעשית בניגוד לדין.

ה. שאלת ההשבה

112. המבקשת תטען כי מאחר ובמסגרת ביקורות הניכויים נגבים דמי ביטוח שלא כדין כפי שפורט בהרחבה לעיל, הרי שעל המוסד להשיבם.

113. משכך, נתמלאו תנאיו של פריט 11 בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות הקובע כי תביעה שניתן להגיש בה בקשה לאישור תובענה ייצוגית הינה בין היתר "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר".

114. באשר לשאלת גובה סכומי ההשבה וכן זהותם של חברי הקבוצה המיוצגת הזכאים להשבת סכומים אלו, הרי שיידונו להלן במסגרת הדיון בעילת התביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט של חברי הקבוצה המייצגת ובאספקלריה של סמכותו של בית המשפט לפי ס' 20 לחוק התובענות הייצוגיות.

1. השבת הכספים לחברי הקבוצה המיוצגת לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט

115. עילת התביעה האיטית של הקבוצה המייצגת מבוססת על חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר").
116. רכיביה של עילת תביעה לפי חוק עשיית עושר מתגבשת בהתקיים שלושה יסודות, כדלקמן:
א. התעשרות. ב. שלא על פי זכות שבדין. ג. שבאה לזוכה מן המזכה. (ראו למשל: ע"א 760/77 בן עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לג(3) 567 (1979)).
117. באשר ליסוד השני; קרי, "שלא על פי זכות שבדין" קבעה הפסיקה כי התעשרות שלא על פי זכות שבדין תתרחש במקרה בו ניתן להצביע על דין השולל את הפעולה אשר גררה את ההתעשרות או לחלופין גם כאשר ההתעשרות אינה צודקת משיקולי צדק ויושר (ראו למשל: מ' אגמון-גונן "ההשבה בהקשרים חוזיים" המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"א-2001, בעמ' 62; רע"א 371/89 ליבוביץ' נ' א.א.ת.י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 323-321 (1990); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה, פ"ד נב(4) 289, 431-432 (1998)).
118. כפי שפורט לעיל, גובה המשיב דמי ביטוח שלא כדין מן הטעמים המפורטים לעיל וכאמור, "גביית מס או אגרה שלא כדין נחשבת כקבלת דבר "שלא על פי זכות שבדין", המקימה בעיקרון חובת השבה" (ראו בש"א (תל-אביב-יפו) 30858/06 פלדמן אהרן ואח' נ' איגוד ערים (אזור דן) (ביוב)).
119. באשר ליסוד השלישי; קרי, "שבאה לזוכה מן המזכה" דמי הביטוח אמנם נגבו מן המעבידים אך במקרה דנן המזכים הינם חברי הקבוצה המיוצגת וזאת מהטעמים הבאים:
הטעם הראשון לכך הינו שלא ניתן לסבור כי המעבידים הם המזכים שהרי הם אלו שמלכתחילה לא מילאו את חובתם לדווח למוסד על השכר הנוסף שהעניקו לעובדיהם וכי לא נוצר להם כל חיסרון כיס בעקבות תשלום דמי הביטוח עבור עובדיהם שכן זו חובתם על פי חוק.
הטעם השני לכך מבוסס על כך שכפועל יוצא מכך שהמוסד גובה את דמי הביטוח תוך פגיעה בזכות על פי דין של חברי הקבוצה המייצגת כי גביית דמי הביטוח שמשולמים בעבורם תיעשה באופן ולמטרה שעל פי דין (ולמצער, תוך פגיעה פסולה בציפייה שכך תבוצע הגבייה), המוסד מתעשר על חשבון העובדים כי הוא שולל מהם זכות זו שהם היו זכאים לה.
הטעם השלישי לכך נובע מכך שלפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, התוצאה של הפקת רווח עקב הפרת חובת אמון הינה שלילת הרווח מהמפר והעברתו אל האדם שכלפיו הוא חב חובת אמון. לית מאן דפליג שהמוסד חב בחובת אמון כלפי העובדים. הרווח בעניינינו הנו דמי הביטוח שנגבו על ידי המוסד שלא כדין תוך הפרת חובת האמון כלפי העובדים, עד לגובה הפרשי הגמלה שלא שולמו.
הטעם הרביעי לכך נובע מכך שלפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, האינטרס של העובדים שנפגע כתוצאה מהאופן שבו נגבו דמי הביטוח הוא בעל דרגת קירבה מספקת לאירוע הפסול

המזכה אותם בהשבת דמי הביטוח שנגבו שלא כדין עד לגובה הפרשי הגמלה שלא שולמו, אפילו אם נניח שהעובדים אינם בבחינת ה"מזכה".

120. לעניין טענתה של המבקשת בנוגע לכך שההתעשרות של המוסד כמצוין לעיל בעניינינו מבוססת על פגיעה בזכות של העובדים שהגביה תבוצע באופן ולמטרה על פי דין ולמצער, על פגיעה בציפייה מוכרת בדין של העובדים ולפיכך באה על חשבון העובדים, יפים הדברים הבאים:

א. בעניין דנ 20/82 **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גונ'ס ג.מ.ב.ה.**, פ"ד מב(1) 221 פסק בית המשפט כי "קיימים מצבים רבים, שבהם עשויה לבוא התעשרות שלא כדין מפגיעה בציפייה בלבד, שאינה מגיעה לכדי זכות (חוזית או קניינית). "עקרונית, קיימת בהחלט אפשרות שאינטרס, שלגביו לא הייתה לתובע זכות קניינית או אפילו זכות לחוב (in personam), אלא ציפיה בלבד, יחשב כאינטרס הבא מן התובע, כזכיה שנעשתה על חשבוננו" (פרידמן, במאמרו הנ"ל, בעיוני משפט חי בעמ' 266). ואם בציפייה כך, בזכות חוזית על אחת כמה וכמה... על-פי גישתנו שלנו, כאשר נעשה חוזה למכירת סוס, רוכש הקונה זכות לקבלת סוס ולא זכות לפיצויים בגין אי-קבלת סוס. אם המוכר מקבל טובת הנאה ממכירת הסוס לצד שלישי, הוא מתעשר על חשבון הקונה, **שכן הוא שולל מהקונה זכות שהיה זכאי לה".**

ב. כלומר, אם כך, בציפייה ואם כך בזכות חוזית אזי על אחת כמה וכמה תיחשב ההתעשרות הבאה מהפרת זכות של התובע על פי דין (ובעניינינו שלילת זכותם של העובדים שגביית דמי הביטוח תעשה באופן ולמטרה על פי דין), כזכיה שנעשתה על חשבוננו של התובע.

ג. מכל מקום, כאמור בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין א 1171/97 **JOOP! GmbH נ' כל פרפיוס בע"מ**, תק-מח 2006(2), 8533 (2006), "העובדה, כשלעצמה, שההתעשרות התקבלה מצד שלישי, וכי לתובע עצמו לא הייתה זכות שבדין כלפי הצד השלישי לקבלה, איננה שוללת את האפשרות שהיא תראה כהתעשרות על חשבון התובע או התעשרות הבאה ממנו..." ובעניין זה די להראות כי ההתעשרות של הנתבע באה באופן בלתי צודק מפגיעה בציפיות של התובע על מנת שניתן יהיה לראות את הנתבע כמי שהתעשר "על חשבון" התובע.

121. לחלופין ומבלי לגרוע מן האמור לעיל תטען המבקשת כי אפילו ולכאורה הפקת הריווח של המוסד אינה נובעת מנטילת זכותם של חברי הקבוצה המיוצגת כפי שנטען לעיל הרי שעדיין היה חב המוסד להשיב אליהם את הריווח שהפיק וזאת מאחר והמשיב מחזיק בחובת אמון ונאמנות כלפי מבוטחיו ובכללם חברי הקבוצה המיוצגת אשר אותה הפר, בכך שגבה כספים בעבור מבוטחיו בניגוד לדין וזאת מהטעמים המפורטים להלן:

א. לעניין היות המוסד חב בחובת נאמנות כלפי מבוטחיו, ראו למשל: תב (ארצי) 0-115/נה מרים יחזקאל נ' המוסד לביטוח לאומי (1995) - (פורסם בנבו); אזורי

לעבודה (נצי) בי"ל 2121/07 אסתר הוכמן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו);
ויולטה אולחובק נק' המוסד לביטוח לאומי – עב"ל 1381/01 (ארצי) (פורסם בנבו)

ב. כמו כן, בע"א 181/85 צבי חיימוב נ' המוסד לביטוח לאומי, תשמ"ו (2) 205 (1985),
פסק בית המשפט העליון כי מחדלו של המוסד מלפעול כפי שניתן לצפות ממוסד
ציבורי, היינו בזריזות סבירה, היה הפרה של חובת אמון שחב המוסד כלפי
המבוטח.

ג. כמו כן יצוין כי לעניין חובת האמון הרי שהפסיקה הכירה בקטגוריות רחבות ביותר
בהן קיימת חובה מעין זו ואף למעלה מכך צוין כי רשימת המצבים שבהם קיימים
יחסי אמון איננה סגורה (לעניין זה ראו: פרידמן ע"ע כרך א' בעמ' 33; בג"צ 531/79
סיעת "הליכוד" נ' עיריית פתח תקווה פ"ד לד(2) 566, 570).

ד. לעניין הפרת חובת אמון והשבת הרווח שהופק עקב הפרתה ראו פרידמן ע"ע כרך
א' עמ' 532-533:

"חומרתה של חובת האמון משתקפת באיסור על הפקת רווח עקב הפרתה... רווח
שהופק עקב סטייה מכללים אלה יישלל מן המפר, ויועבר לאדם שכלפיו הוא חב
חובת אמון... זאת, בין אם הרווח נובע מנטילת זכותו של המוטב ובין אם לאו, בין
אם סבל המוטב ובין אם לאו... השבת הרווח אינה מותנית, אפוא, בכך שהוא
הופק "על חשבון" המוטב, במובן הרגיל שאנו מייחסים למושג זה. לכל היותר
ניתן לגרוס כי העובדה, שכשלעצמה, שהפקת הרווח התאפשרה עקב הפרת חובת
האמון היא ההופכת אותו לרווח "על חשבון" המוטב".

וכן ראו הדברים בעמ' 557, שם מצוין כך:

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

וכן הדברים הבאים המובאים בעמ' 560:

"העיקרון הינו נוקשה, וחומרתו משתקפת בכך שהעובדות הבאות, כולן או חלקן,
אין בהן כדי לשמש לנאמן הגנה בפני תביעת השבה של הנהנה: העובדה שהנאמן
פעל בתום לב ומתוך אמונה שהוא פועל למען המוטב; העובדה שהפקת הרווח לא
גרמה כל נזק למוטב, שתנאי העסקה היו הוגנים או שלא ניתן היה להפיק את
הרווח עבור הנאמנות או עבור המוטב. כאמור, כל אלה אין בהם כדי לפטור את
הנאמן מאחריות ולא ישמשו לו הגנה בפני תביעת המוטב להשבת הרווח."

ה. כמו כן ראו עא 605/88 תבורי - בית חרושת למשקאות קלים בע"מ נ' מעינות
הגליל המערבי סוכנויות בע"מ פ"ד מה(2) 1(1988) שם נקבע כי מערכת יחסים בין

יצרן לסוכן כוללת חובת אמון שחב הסוכן כלפי היצרן, כאשר במקרה של הפרת חובת אמון זאת על-ידי הסוכן, תוך תחרות בעסקי היצרן, זכאי היצרן לרווחי הסוכן שהופקו עקב ההפרה, אפילו וההשבה כאמור אינה נגזרת מההפסד או האובדן לצד הנפגע, אלא מטובת ההנאה שהפיק הצד המתעשר שלא כדין.

122. לחלופין ומבלי לגרוע מן האמור לעיל תטען המבקשת כי אפילו ורווחי המוסד אינם נובעים מאינטרס של חברי הקבוצה המיוצגת או לחלופין אינם נובעים מהפרת חובת אמון של המוסד כלפיהם הרי שאלו רווחים אשר הופקו עקב מעשה פסול כאשר אין זה סביר כי הרווחים הללו יישארו בידיו של המוסד בבחינת ש"אין חוטא יצא נשכר" ועל כן יש להשיבם לחברי הקבוצה המייצגת אשר האינטרס שלהם הוא בעל דרגת קירבה מספקת לאירוע הפסול, אפילו שהרווח לא הופק לכאורה על חשבונם:

א. לעניין זה ראו פרידמן ע"ע כרך א בעמ' 594-602; ע"א 711/72 נפתלי מאיר נ' הסוכנות היהודית פ"ד כח (1) 393, 399; ע"א 139/76 שושנה אופיר נ' יוסף לוי פ"ד לא(3) 29, 37.

ב. דוגמא לשלילת רווח בשל התנהגות פסולה של נתבע והכרה בזכותו של אדם אחר לרווח זה, הינה פס"ד האנגלי (H.L.) 1 All E.R. 617 [1951] Reading V.A.-G במסגרתו נשללו רווחיו של סמל אשר השתמש במדיו לצורך הברחה והועברו לכתר הבריטי.

ג. באופן דומה נקבע בע"א 304/70 משה אביעם נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 665 כי עובד מדינה שהיה מוסמך לגבות כספים שהשתלמו למדינה כאגרות או מיסים וגבה בפועל סכומים גבוהים מאלה ושלשל אותם לכיסו, ישיב את הכסף למדינה על אף שלא נגרם למדינה כל נזק.

לעניין זה ראוי להפנות לדברים הבאים מתוך פסה"ד אשר צוטטו מדבריו של הלורד דנינג:

"לפי דעתי, זהו עיקרון של דין, שאם עובד מתוך הפרת חובת הגינות ותום לב, מפיק יתרון משירותו כדי לעשות רווח לעצמו... היינו כאשר גורמים אלה הם בעלי חשיבות מכריעה לקבלת הכסף על ידו, זכאי המעביד לקבל ממנו דין וחשבון על כך. אין נפקא מינה, שהמעביד לא הפסיד כל רווח ולא סבל כל נזק... אין להרשות שהעובד ישאיר אצלו כסף והדין קובע, שיש לקחת כסף זה ולתת אותו למעביד, מכיוון שהוא קיבל אותו רק בגלל המעמד שבו הוא נמצא כעובד של המעביד שלו"

123. אשר על כן, לקבוצה המיוצגת עילת תביעה כנגד המוסד בעילה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.

ז. סכום ההשבה

124. בהתאם לסעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות מעריכה המבקשת, כי סכום הפרשי הגמלאות המגיעים מהמוסד לביטוח לאומי בגין תשלום דמי הביטוח, לשנתיים שקדמו למועד הגשת

בקשה זו עומד על סך של 42,912,896 לשנת 2008 ועל סך של 68,546,509 לשנת 2009 ובסך הכול על סך של 111,459,405 ₪.

פירוט של התחשיב של סכום ההשבה המהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו, מצ"ב ומסומן **באות כה1**.

ח. התקיימות כל התנאים לאישורה של התובענה כתביעה ייצוגית

1. מטרת החוק והגשתו במקרה דנן

125. ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי מטרתו של חוק זה הינה לקדם בין היתר את העניינים הבאים:

"(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;

(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;

(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות;"

126. המבקשת תטען כי במקרה שלנו, אישור התובענה כיייצוגית, מגשים את ארבעת המטרות הנ"ל והכול כמפורט להלן.

1.א. מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים

127. התובענה הייצוגית נועדה להקל על גישתו של האזרח הקטן לביהמ"ש בכך שהיא מסדירה את ייצוגם של קבוצת נפגעים בידי תובע מייצג אחד ואיחודן של תביעות רבות המבוססות על זכות אישית דומה לתביעה קולקטיבית אחת. מכשיר התובענה הייצוגית מצייד את הנפגע בכלי יעיל וזול לשמירה על זכויותיו גם כאשר נזקו קטן ואינו מצדיק תביעה נפרדת ובכך שואף הוא להשגת שוויון בין הצדדים. (ראו ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל (פורסם בנבו), בעמ' 83 (להלן: "פרשת רייכרט").

128. תכלית זו מתקיימת במקרה שלנו מאחר ומדובר בקבוצה גדולה של עובדים (אשר חלקם אינם מודעים לפגיעה בהם ולהפרת הדין מצד המוסד) שמתקשים או לא טורחים כלל להגיש תובענה כנגד המוסד וזאת מסיבות מגוונות, לרבות, כי אין בידי העובד יכולת למלא אחר דרישות המוסד כאשר המעביד נמנע מהשיקולים המפורטים לעיל מלייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד בנפרד אלא באמצעות הליכים משפטיים כנגד המוסד שהטרחו והעלות הכרוכה בהם אינה שקולה לנזק הקטן שנגרם לעובד או בדרך של עימות עם המעביד שאף הוא אינו שקול לנזק הקטן שנגרם לעובד. אולי הראיה הטובה ביותר לכך שיחיד הקבוצה המיוצגת מתקשים לממש את זכויותיהם באופן פרטני, היא העובדה שהפרשי הגמלאות לא נתבעים על ידי העובדים על אף שמדי שנה המוסד קובע שמשולם לעובדים שכר נוסף שצריך לחוות בסיס לתשלום גמלאות ושביגינו לא שולמו לעובדים הפרשי גמלאות.

129. לא זו אלא אף זו, כפועל יוצא מן האמור לעיל, מדי שנה זכותם של עובדים רבים לתבוע את הפרשי הגמלה נשוא בקשה זו באמצעות הגשתה של תביעה לקבלת הפרשי גמלה למוסד ולחילופין, בדרך למימוש זכותם של יחידי הקבוצה המיוצגת יהיה עליהם לנהל הליכים משפטיים על מנת להתמודד עם טענה זו – דבר אשר כשלעצמו שומט מן היסוד את האפשרות שתוגשנה תביעות כאמור לאור הנזק המועט שנגרם לכל אחד מיחידי הקבוצה כשלעצמו. לעומת זאת, המבקשת תטען כי אין בטענת התיישנות כאמור כדי לחסום את הזכות לבסס את התביעה על עילת עשיית עושר ולא במשפט ועל חוק התובענות הייצוגיות כנטען בבקשה זו. מכאן, גם לפי נקודת המבט הנ"ל התובענה הייצוגית היא למעשה הדרך האפקטיבית ביותר (שלא לומר היחידה) שבאמצעותה ניתן להבטיח שהעובדים הנ"ל יממשו את זכותם.

130. יתר על כן, המבקשת תטען כי בידי המוסד מצויים באופן נגיש וזמין (כפי שהוכח על ידי מבקר המדינה) פרטי יחידי הקבוצה המיוצגת – דהיינו, פרטי העובדים שלכאורה שולמו בעדם דמי ביטוח בגין הטבות ספציפיות שמוגדרות בבקשה זו כ"הכנסות שלא קיבלו ביטוי בתלושי השכר של העובדים", שתבעו תשלומי גמלה על בסיס המצוין בתלושי השכר (כפי שדורש המוסד) אך לא שולמה להם גמלה בעד ההכנסות הנ"ל על אף שלכאורה היו זכאים לה. כמובן, הזכות היא "לכאורה" מהטעם שהיא תהיה "קנויה" רק לאחר שיבוצע ייחוס של ההכנסה כמפורט בבקשה זו.

(ראו למשל, עמודים 804 - 799 לדו"ח שנתי 57 ב', המסומן באות טז).

ח.1ב. מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין

131. "התובענה הייצוגית נועדה לשרת את אינטרס הפרט על-ידי מתן תרופה לנזקו. היא נועדה להקנות סעד לחברי הקבוצה התובעת. הפיצוי הכספי נועד, בין השאר, למנוע התעשרות בלתי מוצדקת של גופים כלכליים גדולים על חשבון היחידים, שאלמלא מכשיר התובענה הייצוגית אינם טורחים לתבוע את זכויותיהם..." (ראו פרשת רייברט, בעמ' 84)

132. תכלית זו אף היא מתקיימת מאחר ומכשיר התובענה הייצוגית הוא הדרך היחידה בנסיבות המקרה שלנו להשבת הכספים לחברי הקבוצה הנפגעת ולמתן סעדים אחרים אשר יועילו למניעת היווצרותם של נפגעים נוספים.

133. כאמור לעיל על פי הדין צריכה להיות התאמה בין ההכנסה שנקבעה כבסיס לתשלום דמי ביטוח בעד העובד לבין ההכנסה שבגינה יש לשלם גמלה מחליפת הכנסה – הווה אומר, העובד זכאי לדרוש את הגמלה על בסיס ההכנסה שנקבעה כבסיס לתשלום דמי ביטוח.

134. כלומר, לפקיד הגביה הראשי - שבקשה זו מבקשת להורות לו לקבוע את בסיס ההכנסה שנקבעה לתשלום דמי ביטוח בעד יחידי הקבוצה המיוצגת - יש סמכות לקבוע גם את ההכנסה שלכל הפחות, בעדה יש לשלם ליחידי הקבוצה המיוצגת גמלה מחליפת שכר (ולטענת המבקשת, על פי חוק, כמו גם בפועל, הנ"ל הנו האינסטנציה היחידה שמוסמכת לעשות כן).

135. לאור כל הטעמים האמורים בבקשה זו אשר מבטאים אשם ברור של המוסד במצב שאליו נקלעו העובדים אך ברור כי מתן סעד אשר מורה לפקיד המוסד להפעיל את סמכותו זו

(סמכות שהיה עליו להפעיל ממילא לו היו מוגשות תביעות פרטניות של יחידי הקבוצה המיוצגת) הנו סעד הולם והדברים נכונים גם לגבי יתר הסעדים המבוקשים בבקשה כמצוין בפרק י' להלן.

ח.ג.1. אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו

136. כפי שפורט במסגרת בקשה זו, המוסד לביטוח לאומי גובה במשך שנים דמי ביטוח בהיקף מצטבר של מיליארדי שקלים, בלא ששילם כנגד גבייה זו ולו שקל אחד הפרשי גמלאות המגיעים לעובדים כמתחייב בחוק.

137. לאור התנהלות קלוקלת זו של המוסד לאורך השנים וכן לאור העובדה כי למרות הפניות החוזרות ונשנות למוסד ודו"חות מבקר המדינה בנושא, לא נעשה כל צעד מצדו של המוסד לפתרון הסוגיה, הרי שמכשיר התובענה הייצוגית בנסיבות העניין הוא הדרך היחידה להרתיע את המוסד ולאכוף עליו נורמות התנהגות ראויות הקבועות בחוק, ביחסיו עם מבוטחיו.

138. יתירה מכך מכשיר התובענה הייצוגית במקרה שלנו מגשים גם תכלית חשובה נוספת לצד מטרת הפיצוי וההרתעה והיא נטילת הרווחים הלא חוקיים שעשה המוסד על חשבונם של העובדים, ומניעת התעשרותו שלא כדין (ראו פרשת רייכרט; ס. דויטש, "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד", שערי משפט ד(1) התשס"ה; ת.א. (ת"א) 1372/95, יורשי המנוח תופיק ואבו ז"ל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, (פורסם בנבו); בשא (ת"א) 31032/06 סריגי שלום ומלכה בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו (פורסם בנבו) (להלן: "פס"ד סריגי").

ח.ד.1. ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות

139. תכלית התובענה הייצוגית היא בין היתר לקדם יעילות והוגנות בהתדיינות המשפטית. היעילות מושגת בכך שהמחלוקת מוכרעת בהליך אחד תוך חסכון במשאבים הן של בית המשפט והן של הצדדים וכן נמנע גם חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט בתביעות אישיות דומות. ההוגנות מושגת, בין היתר, בהשוואת יחסי הכוחות בין הצדדים; היינו מכשיר התובענה הייצוגית נועד להתגבר על נחיתות הנפגע ("האדם הקטן והפשוט") ביחס לגופים הגדולים והחזקים שעומדים מולו. (ראו פרשת רייכרט, בעמ' 84-85).

140. תכליות אלו מתקיימות באופן מובהק בעניינינו. מאחר והמבקשת תידון בהמשך בקשתה בהרחבה בעניין זה בקשר לתנאים לאישור התובענה כתובענה ייצוגית, אזי על מנת שלא להאריך היכן שניתן לקצר המבקשת תפנה בעניין זה לאמור בפרק ח.ד.2. להלן.

ח.2. התנאים לאישורה של התובענה כתביעה ייצוגית (בהתאם לסעיף 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות)

ח.א.2. תובענה כאמור בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות

141. בקשה זו מוגשת על-ידי המבקשת אשר הינה "ארגון" כהגדרתו בחוק תובענות ייצוגיות אשר פועל בכל המישורים לשם חיזוק מעמדם ושמירה על זכויותיהם של העובדים.

142. בקשה זו מוגשת בשם כל העובדים אשר בשנתיים האחרונות גבה המוסד מן מעבידם דמי ביטוח נוספים במסגרת ביקורת ניכויים ו/או על בסיס ביקורת ניכויים ואשר בעקבות זאת הוגדל בדיעבד שכר העבודה הרגיל שלהם אשר על בסיסו קיבלו מן המוסד גמלה מחליפת הכנסה (לעיל ולהלן: "הקבוצה" או "הקבוצה המיוצגת").

143. כמפורט בפרק ג.7. לעיל, בנסיבות העניין קיים קושי בפני חברי הקבוצה להגיש בקשה זו ולו מתוך החשש להתעמת עם המעביד אשר טוען כי אין בידיו נוסחה מאושרת לייחס לעובד את חלקו בדמי הביטוח בביקורת הניכויים ו/או מתוך חשש שמא עימות עם המעביד יזקף לרעתם בעת מציאת מקום עבודה חדש, כאשר לאור האמור, יוצא אפוא כי המבקשת באה בגדר הזכאים להגיש בקשה זו בהתאם לסעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות.

144. הבקשה מוגשת בעניין כאמור בסעיף 3(א) לחוק תובענות הייצוגיות, הקובע כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה". כאמור, התוספת השנייה קובעת בפריט 11 כי אחת התביעות שניתן להגיש בגינן בקשה לאישור תובענה ייצוגית הינה: "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר".

145. כמפורט לעיל, בפרקים ד' ו- ה' לבקשה זו, מדובר במקרה שלנו בתובענה נגד המוסד להשבת דמי ביטוח שגבה שלא כדין ומכאן שבקשה זו עוסקת באחד מן העניינים המפורטים בתוספת השנייה לחוק.

146. כמו כן, כפי שפורט לעיל בפרק ו' לבקשה זו, מתזיקה הקבוצה המיוצגת בעילת תביעה אישית, המבוססת על חוק עשיית עושר ולא במשפט, להשבת דמי הביטוח שנגבו על-ידי המוסד שלא כדין בגובה הפרשי הגמלאות אשר הם זכאים להם, אשר לכל הפחות הינה עילת תביעה מבוססת לכאורה ואשר סיכוייה להתקבל טובים.

ח.2. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי

הקבוצה

147. בהתאם לתנאי זה הדרישה הינה חלופית לשאלות מהותיות של עובדה או משפט (ראו א' קלמנט, קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות התשס"ו-2006, הפרקליט מט תשס"ז, בעמ' 140 (להלן: "מאמרו של א' קלמנט")), כאשר די בכך שהשאלות העיקריות העומדות במוקד הדיון הינן משותפות לחברי הקבוצה, כאשר אין נדרשת זהות מוחלטת לגבי כל השאלות העומדות להכרעה במסגרת התובענה (לעניין זה ראו: פרשת רייכרט; רע"א 4556/94 רמי טצת נ' אברהם זילברשץ, פ"ד מט(5) 774 (להלן: "פרשת טצת").

148. יתירה מכך, בשונה מהתנהגות "עוולתית" אחת שגרמה נזקים למספר רב של תובעים, במקרה בו מדובר בסדרה של התנהגויות מטעם הנתבע אשר כל אחת מהן פגעה בתובע אחד בלבד (או במקרה שלנו לכל היותר במספר תובעים העובדים אצל מעביד זה), על התובע להוכיח כי הנתבע נהג כך כלפי כל חברי הקבוצה או כלפי רובם. קיומו של נוהג שהתקיים כלפי כמה תובעים יכול לשמש ראיה מספקת לצורך אישורה של התובענה הייצוגית, אשר במסגרתה יבדוק ביהמ"ש אם נוהג כזה אכן התקיים (ראו מאמרו של א' קלמנט, בעמ' 140).

149. בעניינינו, תטען המבקשת כי השאלה המתעוררת בהקשר להוכחת תנאי זה הינה בעיקרה שאלה מהותית ומשפטית אחת אשר משותפת ונוגעת באופן זהה לכל חברי הקבוצה המיוצגת והיא - האם המוסד גבה שלא כדין את דמי הביטוח הלאומי נשוא בקשה זו. כמו כן, כל חברי הקבוצה אשר בשמם מוגשת בקשה זו מחזיקים בעילת תביעה זהה כנגד המוסד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט אשר בבסיסה שיטת גבייה של המוסד הנעשית באופן זהה אצל כל המעסיקים (כפי שהוכח במסגרת בקשה זו) והכול בניגוד לדין ולא למטרה הקבועה בדין אשר בעקבותיה לא קיבלו חברי הקבוצה את הפרשי הגמלאות להם הם זכאים על פי חוק.

ח.ג. יש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות לכל חברי הקבוצה יוכרעו לטובת הקבוצה

150. סיכויי ההצלחה שאותם יש להוכיח במסגרת תנאי זה "אינם ברמה של מאזן הסתברויות כפי שנדרש התובע להוכיח בתובענה גופה, אלא ברמה נמוכה יותר של "אפשרות סבירה להצלחה" (ראו מאמרו של א' קלמנט, בעמ' 142).

151. בעניינינו, המבקשת תטען כי לכל אחד מחברי הקבוצה ישנה לכל הפחות עילת תביעה מבוססת לכאורה כנגד המוסד אשר כפי שפורט בהרחבה לעיל גובה באופן שערורייתי במשך שנים כספים בניגוד לחוק מבלי שישמשו למטרתם על פי חוק ומשכך ישנה לכל הפחות אפשרות סבירה כי השאלות המשותפות לכל חברי הקבוצה יוכרעו לטובת הקבוצה.

ח.ד. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בנסיבות העניין

152. כאמור, תכלית התובענה הייצוגית היא בין היתר לקדם יעילות והוגנות בהתדיינות המשפטית. היעילות מושגת בכך שהמחלוקת מוכרעת בהליך אחד תוך תסכון במשאבים הן של בית המשפט והן של הצדדים וכן נמנע גם חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט בתביעות אישיות דומות. ההוגנות מושגת, בין היתר, בהשוואת יחסי הכוחות בין הצדדים; היינו מכשיר התובענה הייצוגית נועד להתגבר על נחיתות הנפגע ("האדם הקטן והפשוט") ביחס לגופים הגדולים והחזקים שעומדים מולו. (ראו פרשת רייכרט, בעמ' 84-85).

153. על רקע האמור ומפסיקת בית המשפט עולה כי תביעה תקיים את דרישת היעילות וההוגנות מקום בו יתקיימו בתביעה אחד או יותר מהמאפיינים הבאים:

א. מקום בו קיים חשש שהנפגעים לא יטרחו להגיש כלל תובענה לאור שיעור הנזק הנמוך יחסית שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה ולאור העלויות והטרחה הכרוכות בניהול תובענה נגד גוף גדול, יעיל והוגן לנהל את ההליך באמצעות מכשיר התובענה הייצוגית אשר יקיים את זכותם האישית של חברי הקבוצה לפיצוי והן את האינטרס הציבורי באכיפת החוק והרתעת גופים גדולים וחזקים מפגיעה באדם הפשוט (ראו: בש"א (תל-אביב-יפו) 30858/06 פלדמן אהרון ואח' נ' איגוד ערים (אזור דך) (ביוב) תק-מח 8027(3), 2009 (להלן: "בש"א פלדמן"); רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד (3) 220 (2003) (להלן: "רע"א א.ש.ת."); פרשת רייכרט, בעמ' 288-289; פרשת טצת, בעמ' 783-785).

- ב. מקום בו מדובר בקבוצה גדולה; היינו מספר התובעים הוא גדול, יתקיים בדרך כלל התנאי הנ"ל.
- ג. מקום בו התועלת בניהול התובענה הייצוגית בשאלות המשותפות לחברי הקבוצה, גבוהה יותר מהעלות הכרוכה בדין הנפרד בשאלות שאינן משותפות לחברי הקבוצה המיוצגת, תהווה התובענה הייצוגית דרך יעילה והוגנת יותר להכרעה במחלוקת (ראו מאמרו של א' קלמנט, בעמ' 146).
- ד. מקום בו רצוי למנוע ריבוי התדיינויות בסוגיה העקרונית שמעלה התובענה וכן למנוע החשש למתן פסקי דין סותרים.
- ה. מקום בו האינטרס הציבורי מצדיק את אישור התובענה הייצוגית כך שיובטח שחברי הקבוצה המיוצגת יזכו בסעד הולם אם תוכח תביעתם ותושגנה המטרות של אכיפת הדין, הרתעה מפני הפרת הדין ונטילת הרווח הבלתי חוקי מידיו של זה אשר קיבלו שלא כדין.
154. במקרה שלנו מתקיימים כל המאפיינים האמורים לעיל וזאת מאחר וקבוצת העובדים הזכאים להפרשי גמלה במהלך השנתיים האחרונות, הינה קבוצה גדולה מאוד המונה עשרות אלפי עובדים ויותר. אופן החישוב של גודל הקבוצה, מצ"ב ומסומן **באות כהג**.
155. כמו כן, בשל הקשיים הבלתי אפשריים כמעט העומדים בפני חברי הקבוצה בדרך להגשמת זכויותיהם (ראו פרק ג') לרבות העלויות והטרחה הכרוכות בניהול תובענה כנגד המוסד לביטוח לאומי, פערי הכוחות בין הצדדים, החשש של העובדים הנפגעים מלהגיש תביעות מתוך חשש להתעמת עם המעביד ו/או מתוך חשש שמא הדבר ייזקף לרעתם בעתיד בעת מציאת מקום עבודה חדש (וזאת לאור האמור בפרק ג' לעיל ובכלל זה פרק ג.7.) וכן העובדה כי לאורך השנים אף לא אחד מחברי הקבוצה תבע את זכויותיו להפרשי גמלה, מובילים למסקנה כי התובענה הייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.
156. יתירה מכך, במידה ולא תאושר התובענה כתובענה ייצוגית, לא יתוקנו העיוותים בסוגיה הנדונה וקרוב לוודאי שחברי הקבוצה לא יטרחו לתבוע את הפרשי הגמלאות במסגרת תביעות אישיות נפרדות (כפי שלא עשו עד עתה) וגביית דמי הביטוח שלא כדין תימשך כפי שנמשכה לאורך השנים ונמצא כי חוטא ייצא נשכר.
157. באשר לגובה סכום ההשבה תציין המבקשת כי נקבע בפסיקה שזהו רק אחד מן השיקולים באישור תובענה ייצוגית כאשר ככל שיקבע כי חברי הקבוצה, על אף גובהו של הסכום, לא עתידים להגיש תובענה לקבלתו, הרי שיש לאשר את התובענה כיייצוגית. (ראו: רע"א א.ש.ת.; דנ"א 5161/03 א.ש.ת. נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו); פס"ד סריגי בפסקה 44; בש"א פלדמן).
158. בהמשך לכך תטען המבקשת כי אמנם סכום ההשבה במקרה שלנו נע בין עשרות שקלים לאלפי שקלים לעובד, אך יוער מטעמי זהירות יתר כי גם אם סכום ההשבה עשוי להגיע לשיעור של אלפי שקלים לעובד, עבור חלק מן העובדים, אזי כפי שהוזכר כבר לעיל, על אף

גודלו של הסכום "לכאורה" אין הוא שקול לטרח ולעלויות הכרוכות בהסרת המכשולים העומדים בפני מימוש הזכות לקבלו וכן אין זה סביר להניח כי רוב חברי הקבוצה יגישו תובענה לקבלת סכום זה.

159. עוד יצוין, כי מאחר ובמקרה שלנו מדובר בהתנהגות חוזרת ונשנית של המוסד בהתעלם מהפסול שיש בהתנהגותו ותוך אדישות לפגיעה הנגרמת לקבוצה הנפגעת אשר לה הוא משמש כנאמן, ואשר על אף הפניות החוזרות ונשנות אליו בסוגיה הנדונה לא טרח לחדול מן הגבייה הגלובאלית בה נקט ולתקן את המצב האבסורדי הנמשך לאורך שנים, על אף שידע כי הוא גובה כספים בניגוד לחוק שלא למטרתם ותוך חריגה מסמכות, יש לאשר בקשה זו באשר מגשימה היא את תכליות התובענה הייצוגית כפי שפורטו לעיל ובכללם אכיפת הדין, הרתעה ונטילת הרווח הבלתי חוקי מן המוסד.

160. ועוד, מאחר ועסקינן בשאלה מהותית ומשפטית עקרונית אחת המשותפת ונוגעת באופן זהה לכל חברי הקבוצה המיוצגת והיא - האם המוסד גבה שלא כדין את דמי הביטוח הלאומי נשוא בקשה זו, מכשיר התובענה הייצוגית הינו המכשיר היעיל וההוגן ביותר לפתרון עניינם המשותף של חברי הקבוצה בהליך מרוכז וחסכוני אחד תוך מניעת ריבוי התדיינות בסוגיה העקרונית הנ"ל ובזבוז משאבים כתוצאה מהתקיימות הליכים כפולים וכן מניעת האפשרות למתן פסקי דין סותרים והכול באופן בו התועלת בניהול התובענה הייצוגית בסוגיה העקרונית הנ"ל, גבוהה יותר מהעלות הכרוכה בדיון הנפרד בשאלות הפחות עקרוניות במקרה שלנו שאינן משותפות לחברי הקבוצה המיוצגת.

ח.2. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה יוצג וינהל בדרך הולמת

161. קיים יותר מיסוד סביר להניח כי המבקשת אשר כידוע לכל הינו ארגון העובדים הוותיק הגדול והמשמעותי ביותר בישראל הפועל למען העובדים בכלל המגזרים בכל המישורים והתחומים, מייצג בדרך הולמת את עניינם של חברי הקבוצה.

162. קיים יותר מיסוד סביר להניח כי ב"כ המבקשת - פרופ' ביין ושות' - משרד עורכי דין ויפית מנגל - משרד עורכי דין, אשר חברו יחדיו לצורך ייצוג המבקשת בסוגיה הנדונה ואשר הראשון שבהם הינו משרד עורכי דין מוביל המתמחה בין היתר בדיני מיסים, מיסוי מוניציפאלי, משפט מנהלי, ליטיגציה על כל סוגיה אשר העומד בראשו הינו סגן נשיא ביהמ"ש המחוזי בחיפה ובית המשפט לעניינים מינהלים לשעבר אשר הינו אישיות משפטית מוכרת ומוערכת בחוגים נרחבים ובכלל זה בקרב רשויות המדינה והמשפט, והאחרון שבהם הינו משרד המתמחה בחוק הביטוח הלאומי לרבות בהליכי העבודה הפנימיים במוסד, בהוראות נוהל והנחיות פנימיות במוסד ובמדיניות המוסד, ייצגו וינהלו בדרך הולמת את עניינם של חברי הקבוצה.

163. יתירה מכך, זהו המקום לציין כי בקשה זו העוסקת בסוגיה סבוכה בעלת חשיבות ציבורית מן המעלה הראשונה, לא הוגשה כלאחר יד אלא לאחר השקעת מאמץ רב ומשאבים רבים מצד ב"כ המבקשת ובכלל זה השקעת זמן רב של מאות שעות עבודה, ניתוח מעמיק משפטי ועובדתי של הסוגיה הנדונה שמקפלת בחובה השקפה משפטית רחבה ורב תחומית ולאחר

שב"כ המבקשת הגיעו לכלל מסקנה כי ההליך הנכון והיעיל ביותר (שלא לומר היחיד) להשגת סעדים שיתנו מענה אפקטיבי לבעיה ולקבוצה המיוצגת הוא ההליך של התובענה הייצוגית, והכול באופן המלמד על כך שקיים יותר מיסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת.

ח.12. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב

164. אופיין והימשכותן לאורך שנים של פעולות הגבייה המקוממות והבלתי חוקיות בהן נקט המוסד לצד העובדה כי פניות רבות נמסרו אל המוסד בעבר בעניין זה (בין היתר על ידי הח"מ - עו"ד יפית מנגל) וכן לאור העובדה כי דו"חות מבקר רבים בעבר עסקו בסוגיה הנדונה, מובילים אל המסקנה הבלתי נמנעת כי התובענה הוגשה בתום לב וכי המבקשת אשר שמה חולך לפניו בכל הקשור לחיזוק והגנה על זכויות העובדים וב"כ ינהלו את התובענה וייצגו את חברי הקבוצה בתום לב.

ח.12. ניהול ההליך כתובענה ייצוגית לא צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותי המוסד או לציבור בכללותו, לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה

165. בהתאם לסעיף 8(ב)1 לחוק תובענות ייצוגיות, ביהמ"ש רשאי (אינו מחויב) לדחות את אישור התובענה הייצוגית בהתקיים מספר תנאים מצטברים, כדלקמן:

א. **עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית הוא שצפוי לגרום לנזק.**

ב. **הנזק שיגרם צריך להיות נזק חמור.**

ג. **הנזק החמור צריך להיגרם לציבור הנזקק לשירותי המוסד או לציבור בכללותו.**

ד. על ביהמ"ש לשקול את הנזק שנגרם לעומת התועלת הצפויה לחברי הקבוצה המיוצגת ולציבור מניהול התובענה הייצוגית. זהו המקום לציין כי אפילו ושאר התנאים לעיל מתקיימים יתכן שהיתרון הנובע מניהול התובענה כיייצוגית לחברי הקבוצה ולציבור יהיו משמעותיים מספיק בכדי שהתובענה תאושר כיייצוגית.

ה. לא ניתן לתקן את הנזק על ידי אישור בשינויים לפי סעיף 13 לחוק הנ"ל.

(לעניין זה ראו מאמרו של א' קלמנט, בעמ' 153 - 157)

166. בעניינינו, המבקשת תטען כי סדר גודלו של סכום ההשבה המתבקש במסגרת בקשה זו משול לטיפה בים וזאת בהשוואה לסכומים אשר גובה המוסד לביטוח לאומי מן שכירים ומעסיקים (כך למשל גבה המוסד רק בשנת 2008 כ- 25,132,000,000 ₪ מן שכירים ומעסיקים) ועל כן אין סיבה לסבור כי השבת סכום בשיעור מעין זה לחברי הקבוצה המיוצגת תגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותי המוסד או לציבור בכללותו. כמו-כן, סכום כסף זה אינו משמש למטרה לשמה הוא נגבה ועל כן השבתו לא תגרום נזק כאמור, נהפוך הוא, היא תסלק נזק שנגרם לקבוצה המיוצגת.

167. מנגד, התועלת הצפויה לחברי הקבוצה המיוצגת ולציבור כולו (אשר חלקו עלול למצוא עצמו בעתיד במצב זהה לזה של חברי הקבוצה הנ"ל) עולה באלפי מונים על הנזק שצפוי לכאורה

Prof. BEIN & Co.-Law Office

פרופי ביין ושותי-משרד עורכי דין

לציבור המבוטחים ולציבור בכללותו מניהולו של ההליך כתובענה ייצוגית וזאת בשל הפגיעה החמורה והנמשכת בזכויות ציבור המבוטחים אשר מתרחשת מידי שנה ואף תמשיך להתרחש גם בעתיד ואשר לה ניתן לשים קץ במידה ותאושר תובענה זו כייצוגית.

ט. סמכות מקומית ועניינית:

168. לאור האמור לעיל, מתוקף חוק תובענות ייצוגיות ובכלל זה הוראות סעיף 5(ב)(2) וחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000 הרי שלבית משפט נכבד זה מוקנית הסמכות העניינית לדון בבקשה זו אשר עוסקת בתובענה ייצוגית כנגד "רשות" להשבת כספים שגבתה שלא כדין.
169. מתוקף ס' 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי-דין), תשס"א-2000 ותקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 הסמכות המקומית מסורה לבית משפט נכבד זה.

י. סעדים

170. ביהמ"ש הנכבד מתבקש כמפורט להלן:
- א. לקבוע כי דמי הביטוח נגבו שלא כדין.
- ב. להורות למוסד לקבוע בעבור כל אחד מיחיד הקבוצה המיוצגת, לפי מיטב השפיטה, את שיעור השכר הנוסף אשר היווה בסיס לתשלום דמי ביטוח בעדם במסגרת ביקורות ניכויים ו/או על בסיס ביקורת ניכויים (להלן: **בסיס ההכנסה הנוסף**).
- ג. להורות למוסד להשיב לכל יחיד הקבוצה המיוצגת את דמי הביטוח עד גובה הפרשי הגמלה שלא שולמו, כך שחלקו של כל אחד מיחיד הקבוצה המיוצגת יהיה בהתאם לבסיס ההכנסה הנוסף שבגיניו שולמו דמי ביטוח בעדו.
- ד. מכוח סעיף 20 (ג) לחוק תובענות ייצוגיות, ליתן כל סעד אחר או נוסף לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, כפי שימצא ביהמ"ש הנכבד לנכון בנסיבות העניין.
- ה. לפסוק למבקשת את גמולה וכן לקבוע את שכר הטרחה של ב"כ המבקשת בעד הטיפול בתובענה הייצוגית בערכאה זו.
- ו. לחייב את המשיב בהוצאות הדיון בבקשה זו, לרבות שכר טרחת ב"כ המבקשת.
- ז. ליתן הוראות נוספות בדבר הדיון בתובענה כפי שימצא לנכון ביהמ"ש הנכבד.

יא. סוף דבר

171. לאור האמור לעיל, תטען המבקשת כי התובענה עומדת בכל התנאים לבירורה כתובענה ייצוגית מכוח הוראות חוק תובענות ייצוגיות וכי אישורה ככזו יגשים את המטרות העומדות בבסיס חוק זה.

172. הבקשה נתמכת במסמכים ומבוססת על עובדות אשר לפי מיטב הבנת המבקשת אינם שנויים במחלוקת ולפיכך השאלות שהיא מעלה הן מדעיקרא שאלות משפטיות. ועוד, ככל שיידרש ומטעמי זהירות יתר בלבד, המבקשת תבקש מבית המשפט רשות לתמוך בבקשה באמצעות תצהיר של עו"ד מנגל.

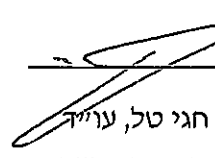
173. אשר על כן מתבקש ביהמ"ש הנכבד לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית ולהורות על הסעדים המבוקשים לעיל.

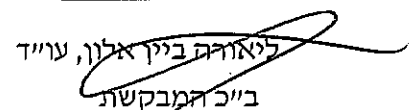
174. יתירה מכך מתבקש ביהמ"ש הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות הדיון בבקשה זו, לרבות שכ"ט עו"ד ומע"מ כדין.

175. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.


יפית מנגל, עו"ד
בי"כ המבקשת


אליעזר אברהם, עו"ד
בי"כ המבקשת


חגי טל, עו"ד
בי"כ המבקשת


ליאורה ביין אלון, עו"ד
בי"כ המבקשת

בבית משפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים

בעניין:

הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל -

ההסתדרות במרחב חיפה - אגודה עותומאנית מספר 61/277

על ידי ב"כ עוה"ד יואב ביין ו/או ליאורה ביין אלון
ו/או חגי טל ו/או איציק בן אשר ו/או אורי ריבש
ו/או תמר לוי ויינשטיין ו/או צביקה קירשנבאום
ו/או אליעד אברהם

פרופ' ביין ושות' - משרד עורכי דין
מרח' מעלה השחרור 17, חיפה
טל: 04-8668990 פקס: 04-8668991

וכן על ידי ב"כ עוה"ד יפית מנגל ~~03-6447125~~
יפית מנגל - משרד עורכי דין
מרח' משה ארם 17, שכי רביבים, תל-אביב
טל: 03-6446964 פקס: 03-6447125

התובעת

- נ ג ד -

המוסד לביטוח לאומי - סניף תל-אביב
באמצעות הלשכה המשפטית.
מרחוב יצחק שדה 17 תל-אביב

הנתבע

מהות התביעה: ייצוגית, כספית, הצהרתית.

סכום התביעה הקבוצתית: אינו ניתן להערכה מדויקת ונקבע על דרך האומדנה ל- 111,210,000 ₪.
(נומינאלית)

כתב תביעה

כללי

1. תובענה זו מוגשת כנספח א1 לבקשה לאישור תובענה ייצוגית (להלן: "הבקשה").
2. כל הטענות נטענות במצטבר ו/או לחילופין, הכל לפי הדבק הדברים והקשרם, בין אם נאמר הדבר במפורש ובין אם לאו.
3. ההדגשות אינן במקור אלא אם נאמר אחרת.

תוכן עניינים

פרק	נושא	עמוד
א.	הצדדים	4
ב.	תמצית התובענה: שורש הרע שהתובענה דן באה לעקור או אם תמצו לומר, שורש הבעיה שהתובענה דן באה לפתור	4 - 7
ג.	עיקרי העובדות והמסגרת הנורמטיבית	---
	ג.1. הבסיס לחישוב הכנסה לצורך תשלום דמי ביטוח	7 - 8
	ג.2. הבסיס לתשלום גמלאות מחליפות שכר	8 - 9
	ג.3. אופן גביית דמי ביטוח ממעבידים - הדין הקיים	9 - 10
	ג.4. אופן הגביה בפועל - גביה של דמי ביטוח מבלי לדרוש דין וחשבון לגבי ההכנסה של העובד שבגינה משולמים דמי ביטוח	10 - 11
	ג.5. אופן הגביה בפועל - גביה של דמי הביטוח כנגזרת של סכום גלובאלי שנקבע בביקורת ניכויים תוך סירוב של המוסד להפעיל את סמכותו לקבוע (ככל הנדרש, לפי מיטב השפיטה) את השכר הנוסף של העובדים הזכאים להפרשי גמלה בגין השכר הנוסף, אף שלשיטתו סמכות זו נתונה לו	11 - 14
	ג.6. פניות למוסד מן העת האחרונה בנוגע לליקויים הקיימים באופן הגביה	14
	ג.7. הפגיעה שנגרמת לעובדים כתוצאה מהאופן שבו המוסד גובה את דמי הביטוח	14 - 16
ד.	גביה שלא כדין	---
	ד.1. גביית דמי הביטוח מבלי לדרוש דין וחשבון בדבר השכר המשתלם לכל עובד מהווה גביה שלא כדין של דמי הביטוח	17 - 20
	ד.2. גביית דמי הביטוח על בסיס גלובאלי במסגרת ביקורת ניכויים נוגדת את הדין	20 - 24
	ד.3. הפעלת סמכות הגביה באופן בלתי סביר, בחוסר תום לב, תוך הפרת חובת ההגינות והפרת חובת הנאמנות של המוסד באופן אשר מהווה גביה שלא כדין של דמי הביטוח	24 - 28
	ד.4. גביית דמי הביטוח בניגוד למטרת החוק באופן שהופך את הגביה לגביה שלא כדין	28 - 31
ה.	שאלת ההשבה	31

32 - 35	השבת הכספים לחברי הקבוצה המיוצגת לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט	ו.
36	סכום ההשבה	ז.
36	סמכות מקומית ועניינית	ח.
36	סעדים	ט.
37	סוף דבר	י.

א. הצדדים

1. התובעת הינה אגודה עותומאנית (מספר תיק - 61/277) המשמשת כשלוחה במרחב חיפה של ארגון "הסתדרות העובדים הכללית החדשה" אשר הינה ארגון העובדים הוותיק, הגדול והמשמעותי ביותר במדינת ישראל אשר מייצג ומאגד אחוז ניכר מכלל העובדים בישראל ואשר פועל בכל המישורים לשם חיזוק מעמדם של העובדים בכלל מגזרי העבודה ולשם שיפור תנאי העסקתם והענקת ביטחון תעסוקתי ותנאים סוציאליים במקום עבודתם.
2. התובעת הינה "ארגון" כמשמעו בסעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות.
3. הנתבע (להלן ייקרא גם: "המוסד" או "המל"ל") הינו תאגיד סטאטוטורי אשר הוקם מכוח חוק הביטוח הלאומי, תשי"ד-1953 ושמטרתו לפעול במסגרת הוראות החוק והתקנות שהותקנו על פיו.
4. הנתבע הינו "רשות" בהתאם לסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התשי"ס-2000 אליו מפנה החוק לתובענות ייצוגיות, אשר נתבע לפי פריט 11 לתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות להשבת סכומים שגבה שלא כדין.

ב. תמצית התובענה: שורש הרע שהתובענה דנו באה לעקור או אם תמצו

לומר, שורש הבעיה שהתובענה דנו באה לפתור.

5. זה עשרות שנים ידוע למוסד שמעבידים רבים אינם כוללים בתלושי השכר של עובדיהם הטבות שונות, כגון הטבות בעין או הטבות בשווה כסף מהטעם שהמעביד סבור שההטבה לא מהווה הכנסה בידי העובד או שהמעביד סבור שאין לו דרך לייחס את ההטבה לעובד ללא הנחיה מפורשת מצד המוסד לגבי האופן שבו עליו לעשות כן (קרי, לגבי האופן שבו עליו לקבוע את שוויה ולייחס לעובד את חלקו היחסי בה) וכן מטעמים נוספים שאינם בשליטת העובד שגורמים לכך שההטבות לא תיכללנה בתלוש השכר.
- ההטבות המצוינות לעיל יכוננו לצורך הנוחות ולפי הקשר הדברים כדלקמן: "השכר הנוסף" או "ההטבות השונות" או "הכנסות שאינן מקבלות ביטוי בתלוש השכר".
6. הדבר ידוע למוסד, בין היתר, מהטעם הפשוט שזה עשרות שנים המוסד עורך ביקורות ניכויים אצל מעבידים שמעניקים לעובדים הטבות שונות שאינן מקבלות ביטוי בתלוש השכר ו/או שאינן מדווחות למוסד, כאשר במסגרת ביקורות הניכויים ו/או במסגרת גביה שוטפת הנעשית על פי הנחיות המוסד, המוסד גובה את דמי הביטוח בגין השכר הנוסף וכך חוזר חלילה, פעם אחר פעם, אצל אותם מעבידים.
7. כמו כן הדבר ידוע למוסד מהטעם הפשוט שהדבר הובא לידיעתו על ידי מבקר המדינה מספר פעמים.

8. במקביל למציאות הידועה והמוכרת הני"ל, המוסד משלם לעובדים שמועסקים על ידי המעבידים הני"ל גמלאות מחליפות שכר, בקרות אירוע מזכה, אך ורק בהתאם לשכר שמצוין בתלוש השכר - דהיינו, בשיעור נמוך יותר מההכנסה שבגינה נגבו דמי ביטוח בעד העובד וזאת על אף, עקרון יסוד של חוק הביטוח הלאומי הקובע כי ההכנסה שעליה מבססים את תשלום דמי הביטוח מהווה בסיס לא רק לגביית דמי הביטוח אלא גם בסיס לתשלום גמלאות מחליפות שכר.

9. כלומר, זה שנים שהמוסד גובה ממעבידים, דמי ביטוח בגין הטבות שונות שאינן מקבלות ביטוי בתלושי השכר של העובדים (להלן: **דמי ביטוח**), בהיקף מצטבר של מיליארדי שקלים, מבלי לשלם כנגד גבייה זו ולו שקל אחד הפרשי גמלאות המגיעים לעובדים בגין אותו שכר נוסף, כמתחייב בחוק, והכול כפי שיפורט להלן, זאת בשעה שהמוסד גובה את דמי הביטוח, שנים רבות, בניגוד לאופן המתחייב על פי דין.

10. ברור לכל בר בי רב כי הימנעותם של העובדים שבעדם משולמים דמי הביטוח בגין הטבות שונות שאינן מקבלות ביטוי בתלוש השכר (אשר זכאים להפרשי גמלאות בגין השכר הנוסף הני"ל אך כאמור לא מקבלים אותם בפועל) מלממש את זכאותם, נעשית לא מתוך בחירה חופשית אלא בשל כשלים שמונעים זאת מהם.

11. הכשלים היסודיים שלטענת התובעת מונעים מהעובדים לממש את זכאותם לקבל את הפרש הגמלה בגין השכר הנוסף, **אשר כולם לטענת התובעת נובעים מכך שהמוסד גובה את דמי הביטוח בניגוד לדין**, הם כמתואר בזאת:

11.1. על פי תקנות וחוק הביטוח הלאומי המוסד צריך לגבות את דמי הביטוח בדרך מסוימת שהוסדרה ע"י המחוקק - באמצעות טופס שיאפשר למוסד להחזיק ברשותו מידע מלא ומדויק לגבי ההכנסה שהמעביד משלם לכל עובד ועובד בנפרד ושבעדה משולמים דמי ביטוח, ולצורך יישום דרך הגביה הני"ל ניתנו בידיו סמכויות שונות (להלן: **אופן הגביה**).

11.2. דע עקא, הלכה למעשה המוסד גובה את דמי הביטוח בניגוד לאופן שבו היה עליו, לעשות כן על פי החוק והתקנות: במוסד קיים טופס (ידני וממוכן) באמצעותו מוסרים המעבידים מידע על מס' העובדים הכולל, סכום השכר ששולם לכל העובדים (כצירוף סה"כ הסכומים המופיעים בתלושי השכר), וסכום דמי הביטוח הכולל שמשלם המעביד - כנגזרת מסה"כ השכר ששילם לעובדים.

11.3. כלומר, דה פקטו, המוסד פועל בניגוד לדין וללא כל סמכות משחרר את המעביד מהחובה הקבועה בדין (שבצדה סנקציות שונות) למסור למוסד מידע אודות השכר שהוא שילם **לכל אחד מעובדיו** ואודות דמי הביטוח שהוא שילם בגין כל עובד בנפרד.

11.4. כפועל יוצא מן האמור, המוסד לא מחזיק במאגרי המידע שברשותו נתונים אודות ההכנסה שבעדה שילם המעביד דמי ביטוח עבור כל עובד בנפרד - מידע אשר היה

מאפשר לעובד לקבל גמלאות, בקרות אירוע המזכה בגמלה, על בסיס מלוא ההכנסה שבגינה שילם המעביד דמי ביטוח בגינו או למצער, היה מאפשר לעובד לבסס ללא קושי את זכותו לקבל הפרשי גמלה בגין שכר נוסף שלא מופיע בתלוש השכר שלו.

בנושא זה ראו ביתר פירוט בפרקים ג.4 - ג.7. להלן.

11.5. כך נוצרת מציאות שבה העובדים שחסרים את הכלים להתמודד עם הסיבות שבעטיין המעבידים אינם נותנים להטבות השונות ביטוי בתלוש השכר ו/או באמצעי אינפורמטיבי אחר בו יופיע סכום ההטבה כשהוא מיוחס לכל עובד בנפרד והם מסתפקים בנתוני השכר שמצוינים בתלוש השכר בלבד, לצורך קבלת גמלאות מחליפות שכר.

בנושא זה ראו ביתר פירוט בפרקים ג.4 - ג.7. להלן.

11.6. זאת ועוד, לא די בכך שהמוסד גובה את דמי הביטוח הנוספים מבלי לדרוש מהמעבידים ליתן דין וחשבון כמתחייב בדין, המוסד אף מגדיל לעשות וקובע את דמי הביטוח הנוספים, בעת גביית דמי הביטוח הנוספים, באופן שלטענת המעבידים שולל מהם את היכולת לייחס לכל עובד בנפרד את ההכנסות שאינן מקבלות ביטוי בתלושי השכר בין בתלושי השכר ו/או בכל אמצעי דיווח אחר.

11.7. במקום שהמוסד ייתן לטענת המעבידים מענה שיאפשר למעבידים לייחס את ההכנסות שלא מקבלות ביטוי בתלושי השכר לכל עובד או לחילופין במקום שהמוסד יפעיל את הסמכויות הנתונות לו בדין כדי לתקן את החסר שקיים במידע שמוסר המעביד או לחילופי חילופין, במקום שהמוסד יגרום למעבידים לתת בעצמם פיתרון לבעיה (דבר שהיה קורה מאליו לו היה המוסד ממלא אחר חובתו לדאוג לכך שדמי הביטוח יגבו באופן הקבוע בדין), המוסד לא עושה דבר וממשיך לגבות את דמי הביטוח הנוספים בדרך שלטענת התובעת נוגדת את הדין.

בנושא זה ראו ביתר פירוט בפרקים ג.4 - ג.7. להלן.

12. למותר לומר כי העובד אינו מחזיק בעמדת כוח אשר מאפשרת לו לגרום למעבידו להכיר בהטבות השונות כהכנסת עבודה, לייחס לעובד את חלקו בהן ולעדכן זאת בתלושי השכר שלו וכי ודאי לא ניתן לצפות מן העובד הפשוט לנהל מאבקים מול המוסד או לחלופין מול מעבידו בגין הפרשי גמלה אשר שווים קטן.

13. מצופה על פי הדין ובכלל זה על פי עקרונות מינהל תקין, שהמוסד - כמי שפועל כנאמן של העובדים - לא יגלגל את האחריות לפתור את הבעיות הנ"ל לפתחם של העובדים אלא יפעל בכל האמצעים העומדים לרשותו כדי להסיר מן השורש את המכשולים, ללא יוצא מן הכלל, שגורמים לכך שההכנסה אשר עליה מבססים את גביית דמי הביטוח משמשת רק לצורך גביית דמי הביטוח ולא לצורך תשלום גמלאות מחליפות שכר.

14. ואולם, ציפיות הדין לחוד ומציאות לחוד. על אף שהבעיה דנן מוכרת וידועה זה שנים רבות, אוזניו של המוסד אטומות נוכח הביקורת שמושמעת כלפיו בעניין זה (לרבות, על ידי מבקר המדינה) ומעשיו מלמדים על חוסר מוטיבציה מצדו לתקן את המעוות (שלא לומר, על רצון להנציח את המעוות).

15. כתוצאה מכך, מדי שנה נוספים למעגל הניזוקים עובדים נוספים שלא מממשים את זכאותם לקבל גמלה מחליפת שכר בגובה מלוא ההכנסה שבעדה שולמו בגינם דמי ביטוח לאומי, ועולם כמנהגו נוהג.

16. במסגרת התובענה דנן מתבקש בית המשפט הנכבד לעמוד חוצץ נוכח אוזלת ידו של המוסד (שלא לומר, נוכח רצונו להנציח את המעוות) ולעשות שימוש בסמכותו הרחבה לפי ס' 13 לחוק התובענות הייצוגיות כדי להשיג 2 מטרות:

האחת, לגרום למוסד לנקוט מכאן להבא בצעדים שיסירו את הכשלים שגורמים לעיוות הנ"ל.

השנייה, כל זמן שהעיוות שהתובענה דנן מצביעה עליו לא נפתר לתת לקבוצה המיוצגת את האפשרות לבחור לממש את זכותם לקבל את מלוא הגמלה המגיעה להם (בדיוק או בקירוב) באמצעות הכלי הייצוגי אשר ניתן למימוש במקרה דנן מכל הטעמים המפורטים בתובענה זו.

17. הדרך (או אם תמצו לומר הטכניקה המשפטית) להשגת המטרות הראויות והצודקות הנ"ל היא דו שלבית:

תחילה נראה כי גביית דמי הביטוח הנוספים אינה כדוין ולפיכך יש להשיבם כמצוות פריט 11 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

אחר כך נראה כי השאלה למי יש להשיב את הכספים, באיזה שיעור ובאיזו דרך צריכה להיות מוכרעת על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט וסעי' 20 לחוק התובענות הייצוגיות.

לבסוף נראה כי לאור דיני עשיית עושר ולא במשפט וסעי' 20 לחוק התובענות הייצוגיות, ההשבה הראויה, הנכונה והצודקת בנסיבות העניין (שלא לומר, היחידה האפשרית בנסיבות העניין) היא השבת דמי הביטוח, אך לא יותר מגובה הגמלאות שלא שולמו בעדם, אל הקבוצה המיוצגת וחלוקתם בין חברי הקבוצה המיוצגת בהתאם לגמלה שלא שולמה לכל אחד מחברי הקבוצה על אף שהוא היה זכאי לה.

ג. עיקרי העובדות והמסגרת הנורמטיבית

ג.1. הבסיס לחישוב הכנסה לצורך תשלום דמי ביטוח

18. על-פי סעיפים 337 ו-342 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: "החוק" או "חוק הביטוח הלאומי"), חייב מעביד בתשלום דמי ביטוח לאומי ודמי ביטוח

בריאות (להלן יקראו יחדיו: "דמי ביטוח") בעד עובדו באחוזים מן ההכנסה החודשית של העובד (בשיעור כמפורט בלוח י' לחוק).

19. בסעיף 348(א) לחוק, נקבע כי הכנסת עבודה לצורך תשלום ביטוח לאומי היא ההכנסה בהתאם לסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) התשכ"א - 1961, עד לתקרת ההכנסה המרבית שהיא ההכנסה המקסימאלית ממנה ישולמו דמי ביטוח לאומי.

20. הבסיס לתשלום דמי ביטוח עבור עובד שכיר; קרי, ההכנסה החודשית, מוגדרת בסעיף 344 לחוק, כך:

"יראו כהכנסתו החודשית של עובד את הכנסתו בעד החודש שקדם ל - 1 בחודש שבו חל מועד התשלום, מהמקורות המפורטים בסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה" - זאת בהתאם למפורט בלוח י"א לחוק [הוספה שלגו - הח"מ].

21. ואלה המקורות המפורטים בסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה:

"השתכרות או ריווח מעבודה; כל טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעבידו; תשלומים שניתנו לעובד לכיסוי הוצאותיו, לרבות תשלומים בשל החזקת רכב או טלפון, נסיעות לחוץ לארץ או רכישת ספרות מקצועית או ביגוד, אך למעט תשלומים כאמור המותרים לעובד כהוצאה; שווי של שימוש ברכב או ברדיו טלפון נייד, שהועמד לרשותו של העובד, והכל בין שניתנו בכסף ובין בשווה כסף, בין שניתנו לעובד במישרין או בעקיפין או שניתנו לאחר לטובתו" (להלן: "השכר")."

22. אם כך, הכנסה חודשית רואים כשכר חודשי רגיל שמשתלם לעובד באופן שוטף, לרבות הפרשים הנובעים מאירועים חד פעמיים כגון: העלאות שכר, בונוסים, פרמיות, ותשלומים נוספים אחרים לרבות, כל טובת הנאה שניתנו לעובד ממעבידו.

23. כאמור, עניינה של תובענה זו באותן הטבות שלא ניתן להן ביטוי בתלושי השכר של העובדים אף שבגינם גובה המוסד דמי ביטוח מבלי לשלם כלל, כנגד גבייה זו, הפרשי גמלאות המגיעים לעובדים בגין אותו שכר נוסף כמתחייב בחוק.

2.ג. הבסיס לתשלום גמלאות מחליפות שכר

24. במסגרת תפקידו על פי החוק, משלם המוסד למבוטחים 2 סוגי גמלאות:

א. גמלאות המוענקות על בסיס "תשלום דמי ביטוח" - הקרויות "גמלאות גבייתיות", בהן מבחינים בין:

1. "גמלאות שהן יחסיות להכנסת המבוטח" והמהוות תחליף להכנסתו לאחר אירוע שבעקבותיו פסקה או נצטמצמה הכנסת המבוטח - הקרויות גם "גמלאות מחליפות שכר" (להלן: גמלאות מחליפות שכר) כגון: גמלה בענף ביטוח נפגעי עבודה - ייעוד הגמלה בענף זה הוא להחליף, באופן חלקי, את הכנסת המבוטח שפסקה לאחר הפגיעה בעבודה. לפיכך מחושבת גמלה זו תוך התייחסות לשכר עבודתו האחרון של המבוטח ועל

בסיס חלק ממנו, עד לתקרה שנקבעה בחוק, כך גם דמי אבטלה, דמי לידה ותגמולי מילואים.

על פי חוק הביטוח הלאומי ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח לאומי מהווה לא רק בסיס לגביית דמי הביטוח אלא אף בסיס לתשלום גמלאות אשר על פי החוק הן יחסיות להכנסה או שהן תחליף להשתכרות או הכנסה. לגמלה בענפי ביטוח אלה יש זיקה להשתכרותו או להכנסותיו של המבוטח וככל שאלה גבוהים יותר כך גבוהה יותר הגמלה או להיפך - בד למשל הוראת לשון ס' 98 (ב) לחוק - הקובעת כי ההכנסה לפיה יחושבו דמי פגיעה המגיעים לעובד הינה ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח, אינה יכולה להשתמע לשתי פנים - המחוקק קבע מפורשות כי בסיס הגמלאות ובסיס תשלום דמי הביטוח חד המה - לא ניתן לשלם לפי בסיס אחד ולקבל גמלאות לפי בסיס אחר.

2. "גמלאות קבועות ואחידות" המשולמות בלא קשר לגובה הכנסת המבוטח כגון קצבת זקנה וקצבת שארים.

ב. סוג שני הן גמלאות הממומנות במישרין מתקציב המדינה (כנגד גביית מסים) או מתקציבו של גוף אחר, שלא על בסיס תשלום דמי ביטוח, המכונות "גמלאות לא גבייתיות".

25. לאור האמור עולה כי גמלאות מחליפות שכר מחושבות על בסיס מלוא ההכנסה החייבת בדמי ביטוח בחודשי רבע השנה שקדמו ל-1 בחודש שבו חל האירוע המזכה בגמלה. קרי, הבסיס לתשלום גמלאות לעובד הוא ההכנסה אשר ממנה שולמו דמי ביטוח בשלושת החודשים שקדמו להיווצרות העילה המזכה את העובד בגמלה.

26. משכך, הזכאות לקבלת גמלאות מחליפות שכר הינה בגין מלוא השכר של העובד ממנו שולמו דמי ביטוח לאומי. קרי, ההכנסה החייבת בדמי ביטוח משמשת גם כבסיס לקביעת שיעורן של גמלאות אלו.

27. יצוין כי בקטגוריה של "גמלאות מחליפות שכר" נמנות הגמלאות הבאות: דמי לידה, שמירת הריון, דמי אבטלה, דמי פגיעה בעבודה, קצבת נכות מעבודה, קצבת תלויים, תאונות אישיות, ותגמולי מילואים.

ג.3. אופן גביית דמי ביטוח ממעבידים - הדין הקיים

28. כאמור, היה המחוקק ער לצורך להבטיח שתהיה התאמה בין בסיס ההכנסה שבעדה משולמים דמי הביטוח לבין בסיס ההכנסה לפיה מחושבים גמלאות מחליפות השכר שישולמו ולפיכך מטעם זה, בין היתר נקבע בחוק ובתקנות כי דמי הביטוח הלאומי בגין העובדים ישולמו ע"י המעסיקים, בהתאם לדין ותשבון מפורט שיגישו המעסיקים בו יפרטו את דמי הביטוח המשולמים בגין כל עובד ועובד בנפרד וכלשון החקיקה:

ראו סעיף 355 לחוק אשר קובע כי:

(א) השר רשאי להתקין תקנות בדבר -

(1)

(2) דין וחשבון שאדם חייב להגיש על שכר עבודה או פנסייה מוקדמת כהגדרתה בסעיף 345ב(א) ששילם למי שבעדו הוא חייב בתשלום דמי ביטוח;

ובהמשך לכך קובעת תקנה 8(א) לתקנות הגביה בהאי לישנא:

"כל מעביד יגיש במועד תשלום דמי הביטוח בעד עובדיו דין-וחשבון, לפי טופס שאפשר להשיגו בכל אחד מסניפי המוסד, בדבר השכר המשתלם לכל אחד מעובדיו בתקופת התשלום שלגביה מוגש הדין-וחשבון..." [הדגשה שלנו - הח"מ].

29. לצורך מימוש סמכותו של המוסד לגבות את דמי הביטוח באופן הקבוע בדין הפקיד המחוקק סמכויות שונות, בין היתר, כמפורט להלן:

29.1. הסמכות להשית קנסות כבדים על מי שלא משלם דמי ביטוח במועד (ס' 364 לחוק).

29.2. הסמכות לפתוח בהליכים פליליים כנגד מי שמוסר הצהרה כוזבת בקשר לדמי ביטוח שיש לשלם ו/או כנגד מי שמפר חובה הקבועה בחוק (למשל, החובה להגיש דין וחשבון נכון) ו/או כנגד מי שמפר את החובה לשלם דמי ביטוח בעד עובדו (ס' 398 לחוק).

29.3. הסמכות לקבוע את דמי הביטוח שיש לשלם בעד העובד לפי מיטב השפיטה מקום בו "היה פקיד גביה ראשי משוכנע שהכנסתו של המבוטח או שכר העבודה של עובדי מעביד פלוני עולים על הסכומים הנקובים בדין וחשבון שהמעביד... הגיש לפי התקנות..." (ס' 358 לחוק). במאמר מוסגר יצוין כי על פי פסיקת בית המשפט, מקום בו קבע פקיד שומה של מס הכנסה איזה סכום מתוך ההטבות השונות שהעניק ו/או ששילם המעביד מהווה שכר של העובדים, קביעתו מחייבת את המוסד ביחסיו עם המעביד.

30. כפי שיוצג להלן, בפועל הגביה של דמי הביטוח נעשית בניגוד מוחלט לאופן הקבוע בדין ולאופן אשר מתחייב מהדין.

4.ג. אופן הגביה בפועל: גביה של דמי ביטוח מבלי לדרוש דין וחשבון לגבי ההכנסה של העובד שבגינה משולמים דמי ביטוח

31. כפי שפורט לעיל, על פי החוק ותקנות הגביה מחויב המוסד לדרוש מהמעבידים להגיש לו עוד בשלב גביית דמי הביטוח בעד עובדיהם, דין וחשבון בדבר השכר המשתלם לכל אחד מעובדיהם בנפרד, באמצעות טופס שינפיק המוסד ("שאפשר להשיגו בכל אחד מסניפי המוסד") והכול בין היתר, לצורך הגשמת תכליתו הרלבנטית לעניינינו של חוק הביטוח הלאומי: להבטיח שתהיה התאמה בין השכר של העובד שבעדו נגבים דמי הביטוח לבין השכר שבעדו משולמות גמלאות מחליפות שכר.

32. ואולם, המוסד אינו מקיים את הדין, וטופס כאמור אינו קיים, כאשר מנגד, המוסד גובה בפועל דמי ביטוח ממעבידים (שמעסיקים יותר מ- 5 עובדים) בדרך של גבייה גלובאלית, מדי חודש בחודשו באמצעות טופס אחר (אשר ניתן למלא אותו גם באופן ממוכן) אותו הנפיק, אשר נקרא טופס 102 שאינו מקיים את הוראות הדין ואינו עונה על התכלית הנ"ל (להלן: טופס 102).

33. במסגרת טופס 102 נדרש המעביד לציין אך את המספר הכולל של העובדים שהוא מעסיק, השכר הכולל ששולם בעדם כפי שמופיע בתלושי השכר ואת סכום דמי הביטוח שיש לשלם בעבורם, והכול מבלי לפרט את "השכר המשתלם לכל אחד מעובדיו" וממילא מבלי לדרוש מהמעביד נתונים לעניין ההטבות השונות הניתנות לעובדים, שאינן מופיעות בתלושי השכר.

טופס 102 מצורף לבקשה ומסומן באות א2'. הנחיות המוסד למעבידים לדווח לו באופן האמור, באופן ידני או ממוכן, מצורפים לבקשה ומסומנות באות א3'.

34. בפועל אין לסטייה זו מהוראות החוק והתקנות משמעות רבה ביחס לשכר הרגיל של העובד כי השכר מקבל על פי רוב ביטוי בתלוש המשכורת ובאמצעות התלוש העובד יכול לקבל את הגמלה.

35. במקרה של השכר הנוסף, התמונה שונה בתכלית.

36. השכר הנוסף לא מקבל ביטוי בתלוש השכר של העובד וכן לא מיוחס לעובד בטופס 102 או בשעה שהמוסד גובה את דמי הביטוח מכוח סמכותו לפי ס' 358 לחוק ולפיכך בקרות האירוע המזכה את העובד בתשלום גמלה מחליפת שכר, לא קיים בידי המוסד והמעביד מידע זמין ונגיש אודות השכר הנוסף ששולם לעובד ושבעדו שולמו דמי ביטוח וכך קורה שהעובד נאלץ לבסס את תביעתו לגמלה מחליפת שכר על תלוש השכר שבידו בלבד (או להסתפק בתביעתו זו), בשעה שהיה באפשרותו לבסס את תביעתו על ההכנסה שנקבעה כהכנסתו הכוללת לצורך תשלום דמי הביטוח בעדו.

5.ג. אופן הגביה בפועל - גביה של דמי הביטוח כנגזרת של סכום גלובאלי שנקבע בביקורת ניכויים תוך סירוב של המוסד להפעיל את סמכותו לקבוע (ככל הנדרש, לפי מיטב השפיטה) את השכר הנוסף של העובדים הזכאים להפרשי גמלה בגין השכר הנוסף, אף שלשיטתו סמכות זו נתונה לו

37. במקרים רבים המעבידים לא כוללים בתלושי השכר של עובדיהם הטבות שונות מהטעם שהם סבורים שההטבות לא מהוות הכנסה בידי העובד או שהם סבורים שאין להם דרך לייחס את ההטבות לכל עובד ללא הנחיה מפורשת של הרשות לגבי האופן שבו עליהם לעשות כן (קרי, לגבי האופן שבו יש לקבוע את שוויה ולייחס לעובד את חלקו היחסי בה).

38. מעבידים רבים, אוחזים בעמדתם ומסרבים להכיר בהטבות השונות כהכנסה בידי העובד, לרבות, משיקולים טקטיים לצרכי מו"מ מול הרשות וזאת עד אשר נקבע אחרת בביקורת הניכויים של המוסד (שנעשית מכוח סמכותו לפי ס' 358 לחוק) או של רשות המסים.

39. הבעיה בהקשר זה מתעוררת דווקא לאחר שנקבעו קביעות על ידי הרשות (המוסד או מס הכנסה) שלאורם כבר לא יכולה להיות מחלוקת שההטבות השונות במלואן ו/או בחלקן הן בבחינת הכנסת עבודה שיש לשלם בגינה דמי ביטוח מן הצד האחד ושמזכה בתוספת גמלה מן הצד האחר.
40. הבעיה מתעוררת כתוצאה מכך שהמציאות הרווחת היא שהקביעות בשומת הניכויים בעניין ההטבות השונות לא מתייחסות באופן פרטני לכל הטבה והטבה והן אינן קובעות קביעות פרטניות לכל הטבה והטבה וסכום דמי הביטוח הנקבעים ע"י מבקרי הניכויים, מחושב **כסכום גלובאלי (זאת מבלי לנתח את רכיבי השכר ומבלי לייחס את החיוב לכל עובד בנפרד).**
41. כך למשל, אם מעביד מסוים ערך תשע פעילויות רווחה לעובדיו (בחלק מהפעילויות השתתפו כל עובדיו ובאחרות השתתפו עובדים אחרים בכל פעם), הסדרי הפשרה לא יקבעו ביחס לכל פעילות ופעילות ממצאים בנוגע לשאלה האם הפעילות מבטאת הטבה שמהווה הכנסת עבודה של העובדים, מה מתוך הפעילות מבטא הטבה שמהווה הכנסת עבודה של העובדים ומה שוויו של חלק זה. שומות הניכויים יקבעו על פי רוב, ביחס לכל פעילויות הרווחה הנ"ל במאוחד, סכום אחד גלובאלי, שנקבע על דרך הפשרה כהכנסת עבודה. במקרים אחרים, יכול שיקבע סכום כאמור אף מבלי לשייכו לסוג הטבה זה או אחר.
42. כאשר הפשרה הנ"ל מושגת מול רשויות מס הכנסה, המוסד מורה למעבידים (ואף מתמרץ אותם לעשות כן), למלא את חובת הדיווח המוטלת עליהם באמצעות דיווח גלובאלי על הסכום הגלובאלי שנקבע בשומת הניכויים ולמלא את חובת תשלום דמי הביטוח באמצעות תשלום של סכום גלובאלי שנגזר מהסכום הקבוע הגלובאלי שנקבע בשומת מס הכנסה הנ"ל.
- העתק חוזר גבייה ממעבידים, מס' 1156 מיום 4/09/1989 וכן העתק חוזר גבייה ממעבידים מס' 1248 מיום 13/08/1992, מצורפים לבקשה ומסומנים באותיות ב' ו- ב' בהתאמה. פרסום של המוסד מיום 11.02.2009 המתמרץ מעבידים לפעול כאמור, מצורף לבקשה ומסומן באות ג'.
43. כאשר ההטבות השונות לא נקבעו כהכנסת עבודה על ידי רשות המיסים, המוסד הוא זה שקובע (בין על דרך הפשרה ובין לפי מיטב השפיטה) את ההטבות הללו כהכנסת עבודה וכן את הסכום הגלובאלי המבטא את ההכנסה שבגינה יש לשלם את דמי הביטוח.
44. בשני המקרים הקביעות בנוגע לשכר הנוסף מתקבלות בשעה שידוע למעביד ולמוסד שקיימים עובדים ספציפיים (עובדים שקיבלו גמלאות מחליפות שכר בתקופה שאליה מתייחסות הקביעות בנוגע לשכר הנוסף) שיהיו זכאים לתוספת גמלה כתוצאה מהקביעות הנ"ל.
45. **אלא מאי**, לטענת המעבידים אופיין הגלובאלי של הקביעות ביחס להטבות השונות בביקורות הניכויים (כמתואר לעיל) שולל מהם את היכולת לייחס את ההטבות לכל עובד בנפרד ולפיכך אין ביכולתם לתת להטבות אלו ביטוי בתלוש השכר ו/או בכל דיווח אחר ללא הנחיות מפורטות מהמוסד לגבי קביעת נוסחה מוסכמת שתאושר ע"י המוסד על האופן שבו על המעבידים לחשב את הסכום אותו יש לייחס לכל עובד, בל יחטאו בדיווח שאינו דיווח נכון.

כך למשל, מצורפים לבקשה מכתב פניה למוסד מיום 17.11.2002 המסומן באות ד', מכתב פניה מיום 10.12.2002 המסומן באות ה', מכתב פניה מיום 17.6.2003 המסומן באות ו', מכתב פנייה מיום 28.10.2003 המסומן באות ז'.

46. ואולם המוסד מסרב להיענות לפניות אלו ולא משלם את הפרשי הגמלאות לעובדים. טענת המוסד בהקשר זה היא, כי השיטה הגלובאלית, קרי ייחוס ההטבות לכל עובד על פי נוסחה אינה מאפשרת תשלום מדויק של ההפרש המגיע לכל עובד, וכי שיטה זו מנוגדת לחוק.

מצורפים לבקשה תגובת המוסד מיום 16/05/2001 המסומנת באות ח', תגובת ראש אגף גמלאות מחליפות שכר במוסד מיום 21.7.2003 המסומנת באות ט', העתק פרוטוקול של דיון שנערך במוסד בנושא הפרשי מילואים מיום 26/11/2003 המסומן באות י', העתק פנייה למעסיק מיום 7/12/2003 בעקבות הדיון מיום 26/11/2003, המסומן באות יא'.

47. כך למשל ציין בתגובתו מיום 21.7.2003, ראש אגף גמלאות מחליפות שכר במוסד:

"לצערנו לא נוכל להיענות לבקשתכם באשר לדרך החישוב של הפרשי תגמולי מילואים המגיעים לעובדים אשר קיבלו במהלך השנים הטבות שכר אשר לא הובאו לידי ביטוי בתלושי השכר."

השיטה הגלובאלית אותה הינכם מבקשים לאמץ, אינה מאפשרת תשלום מדויק של ההפרש המגיע לכל עובד ואין המוסד לביטוח לאומי יכול לתת יד לפגיעה בזכות האישיית שנוצרה לכל עובד מהחובה לכלול את ההטבה המדויקת בבסיס לחישוב תגמולי המילואים"

48. זהו המקום לציין כי בעבר אישר המוסד באופן חד פעמי תשלום הפרשי גמלאות על פי נוסחה גלובאלית (לפי מיטב השפיטה) שהוצעה על-ידי מעסיקים שפנו אליו (ראה תגובת מנהל אגף גמלאות מחליפות שכר מיום 16/07/2001 המצורפת לבקשה ומסומנת באות יב').

49. לעניין אישור חד פעמי זה, ראו הדברים הבאים שציין בתגובתו מיום 21.7.2003 (המסומנת באות ט'), ראש אגף גמלאות מחליפות שכר במוסד:

"כפי שצינתי כבר במכתבי מיום 26/8/01 סוכם לבצע את התשלומים הגלובאליים של ההפרשים, לתקופה קצובה, לשנים 95-99."

האישור החרוג שניתן בזמנו היה חד-פעמי ובין היתר הוא אושר בשל הקושי שהיה קיים לשחזר את התשלומים האישיים של כל עובד – כאשר אלה לא נוהלו ברמה האישיית"

50. מבירור שנערך מול הממונה על חופש המידע במוסד, הודה הממונה על חופש המידע כי במהלך כל השנים, מאז הוקם האגף לביקורת ניכויים במוסד, (האגף הוקם לפני למעלה מ- 20 שנים !!!) לא טרחה המוסד להנחות את מבקרי הניכויים אם באמצעות הנחיות פנימיות, הוראות נוהל ו/או כל מנגנון אחר כיצד עליהם לפעול על מנת שהקביעות של המוסד יהיו מסוימות דיין כדי שהלכה למעשה יכללו ייחוס של השכר הנוסף לעובדים הזכאים לקבל הפרשי גמלה על מנת שהקביעות לעניין השכר הנוסף יוכלו להוות בסיס לא רק לגביית דמי הביטוח אלא גם לתשלום הגמלאות (מצורפים לבקשה, פנייה לממונה על חופש המידע מיום 30/3/2008 המסומנת באות יג' וכן תגובת הממונה מיום 22/6/2008 וחוות הדעת של הלשכה

המשפטית של המוסד מיום 6.5.2004 המאוזכרת בתגובה הנ"ל, המסומנות באותיות יד ו- טו' בהתאמה).

51. באותו עניין קבע מבקר המדינה בדו"ח מס' 57 לשנת 2006 (להלן: "דוח שנתי 57ב"), המצורף לבקשה ומסומן באות טז', כי למחלקת ביקורת ניכויים של המוסד אין נוהלי עבודה כתובים, וההנחיות למבקרי הניכויים ניתנות בעל פה או באמצעות חוזרים. על כן, נאמר שם כי לדעת משרד מבקר המדינה, על המוסד לגבש נהלים כתובים לעבודת יחידת ביקורת ניכויים, ולוודא שיחידת מבקרי הניכויים ממלאים את הנהלים. עם זאת, עד כה טרם נכתבו הנחיות ואו נהלים וניכר כי המוסד בוחר לעצום את עניו כדרכו.

ג.6. פניות למוסד מן העת האחרונה בנוגע לליקויים הקיימים באופן הגביה

52. במכתב מיום 11/01/2009, הוסבה פעם נוספת תשומת לב המוסד לעיוות המתמשך הקיים בתחום זה (העתק החלק הרלוונטי מהפנייה מיום 11/01/2009 ליועמ"ש במוסד מצורף לבקשה ומסומן באות יז'). ואולם, למרבה הצער, מתשובתו של המוסד מיום 16.03.2009 עולה כי עמדתו שמנציחה את העיוות הקיים נותרה כשהייתה.

העתק החלק הרלוונטי מתגובת המוסד מיום 16.3.09 מצורף לבקשה ומסומן באות יח'.

53. עמדתו של המוסד הינה כי תכליתה של תקנה 8(א) לתקנות הגביה היא להבטיח כי המוסד ימלא את חובתו לגבות דמי ביטוח בשיעורים שנקבעו בחוק, ובהתאם לדיווחים בטופס 102 גובה המוסד את הסכומים, כך שאופן ישום התקנה על-ידי המוסד, קרי; באופן גלובאלי, מתיישב עם תכלית החוק. ביחס לחישוב גמלאות מחליפות שכר להן זכאים עובדים, טוען המוסד כי הדבר נעשה בהסתמך על תלושי שכר שהמוסד מקבל מהעובדים.

54. באשר לסוגיית ביקורות הניכויים גורס המוסד כי החובה לתקן את תלושי השכר של העובד בעקבות ביקורת הניכויים חלה על המעביד כאשר אך בכפוף לתלוש מתוקן ישלם המוסד את הפרשי הגמלה.

55. זהו המקום לציין כי בסמוך למועד הגשת תובענה זו פנתה עו"ד מנגל פעם נוספת למוסד בנושא ביקורת הניכויים ואולם מתגובת המוסד עולה כי עמדת המוסד המפורטת דלעיל נותרה בעינה ולא חל בה כל שינוי.

מצורפות לבקשה פנייתה של עו"ד מנגל מיום 12/10/2009 למוסד המסומנת באות יט' ותגובת המוסד מיום 20/10/2009 המסומנת באות כ'.

ג.7. הפגיעה שנגרמת לעובדים כתוצאה מהאופן שבו המוסד גובה את דמי הביטוח

56. למעבידים יש שלל סיבות והסברים לחוסר יכולתם לייחס את ההטבות השונות לכל עובד (וממילא לציין בתלושי השכר) ודי בהן כדי להנציח מול העובדים את המצב הקיים שבו המעביד נמנע מלמסור לעובד, בין בתלוש ובין בכל דרך אחרת, מה הגידול בהכנסתו של העובד עקב ההטבות השונות שלא מקבלות ביטוי בתלושי השכר.

57. ואולם, אילו היה המוסד ממלא את חובתו לגבות את דמי הביטוח באופן הקבוע בדין תוך שימוש בסמכויות שניתנו לו בחוק על מנת למלא חובתו זו לא היה בכוחם של המעבידים להביא לתוצאה שבה הן בתלושי השכר של העובדים והן בדיווח למוסד לא יהיה אף מענה לשאלה מהו שכרו הנוסף של העובד.
58. כך למשל, ברור לכל בר בי רב שדי היה שהמוסד היה דורש מהמעבידים להגיש לו דין וחשבון מפורט ביחס לשכר וכן להטבות השונות שהמעבידים משלמים לכל עובד (דרישה שבצידה סנקציות שונות) כדי לגרום למעבידים, במקרים רבים, לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד בין בתלוש השכר ובין באמצעי אינפורמטיבי אחר. יצוין כי "טופס דין וחשבון מפורט" כמתחייב בתקנות לא קיים כלל בסניפי המוסד.
59. רוצה לומר - אם המוסד היה מאפשר למעביד למלא את חובתו בכל הקשור לדיווח ולתשלום דמי הביטוח הרי שהמעביד היה מקיים את חובתו ולעובדים הייתה יכולת לממש את האפשרות לקבל גמלה גבוהה יותר על בסיס ההכנסה שבפועל שולמו בגינה דמי ביטוח בעדם (במקום להימנע מלממש את זכותם וזאת עקב חוסר יכולתם לגרום למעביד לעשות משהו שהוא אינו יכול ואו אינו חפץ או עקב הרצון המובן שלהם להימנע מקונפליקט עם המעביד) או למצער, המעביד היה מבין שסירובו ליתן להטבות הספציפיות ביטוי מול העובד, חסר תוחלת לאחר שהדבר קיבל ביטוי מול המוסד דבר שהיה סולל את הדרך של העובד לקבלת המידע הנדרש ללא קושי.
60. זאת ועוד, מאחר שהמוסד מאפשר למעביד לדווח ולשלם את דמי הביטוח באמצעות דיווח ותשלום גלובאליים נשללת מן העובד (כמו גם מהמוסד) היכולת לוודא שיש התאמה בין השכר שצוין בתלוש לבין השכר שבגינו שולמו דמי הביטוח וגם במובן זה נפגעות זכויותיו של העובד.
61. מכאן צא ולמד, שורש הבעיה שעמה מתמודדים העובדים בקבוצה המיוצגת הוא שבעטיי של מעשה שהמוסד עושה באופן מובהק בניגוד לדין, מחד גיסא, המעבידים יכולים לצאת ידי חובת הדיווח ותשלום דמי הביטוח מבלי לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד ומאידך גיסא, המוסד יכול לצאת ידי חובתו (או עם מלוא תאוותו) לגבות את דמי הביטוח מבלי להתמודד עם חוסר יכולתם או חוסר נכונותם של המעבידים לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד.
62. בעיה זו מתחזקת באותם מקרים שבהם כאמור לעיל המעבידים אווזים בטענה לפיה נבצר מהם לייחס לכל עובד את ההטבות הספציפיות בשל האופן שבו המוסד מפעיל את סמכות הגביה שלו לפי ס' 358 לחוק.
63. כך קורה שהמעבידים מעלים את הטענה שהם אינם יכולים לייחס את ההטבות הספציפיות במצב המתואר לעיל פן יחטאו במתן מידע לא מדויק ואילו המוסד מסתתר מאחורי הטענה שבהיעדר מידע מדויק באשר לחלקו של העובד בהטבות השונות, אין ולא ניתן לתת לעובד גמלה מחליפת שכר אלא על פי השכר שמופיע בתלוש השכר (על אף שידוע שהשכר הנ"ל אינו

כולל את ההטבות השונות) ואילו העובד שאין ברשותו מידע כלשהו שיכול לאפשר לו למלא את החסר "נופל בין הכיסאות".

64. כלומר, שוב קורה שהמוסד והמעבידים מצויים כל אחד משיקוליו במצב שהגביה תמשיך להתבצע כך, שנה אחר שנה, מזה עשרות שנים, מבלי להגיע לפיתרון מוסכם שיאפשר לבצע את הגביה על בסיס דין וחשבון שבו מפורטת ההכנסה של כל עובד אשר יהווה בסיס הן לתשלום דמי הביטוח והן לתשלום הגמלה והניזוק היחיד מהמצב הקיים הוא העובד שאין בכוחו לפתור את המחלוקת בין המוסד לבין המעביד באשר לאופן שבו יכול וצריך המעביד לייחס את ההטבות השונות שנקבעו בשומת הניכויים כשכר נוסף של העובד.

65. התוצאות של האמור קשות.

66. על פי נתוני המוסד סכום דמי הביטוח הלאומי הנגבים ממעסיקים בכל שנה, בביקורות ניכויים עולה על 100 מיליון ₪ ובשנים 2008 ו-2009 הוא היה 148,000,000 ₪ ו-227,000,000 ₪ בהתאמה.

מכתבו של הממונה על העמדת מידע לציבור במוסד מיום 12.01.2010, מצורף לבקשה ומסומן באות כא'.

67. לעניין השאלה כמה עובדים פנו בפועל לקבלת הפרשי גמלאות בעקבות ביקורת ניכויים טען המוסד כי הפקת הנתונים כרוכה בהקצאת משאבים בלתי סבירה. אלא שתגובה זו סותרת ממצאים מפורשים של מבקר המדינה שנסמכו על הצהרות ונתונים של המוסד עצמו, לפיה עובדים לא פנו בעבר לקבלת הפרשי גמלאות בעקבות חיובי המעסיקים בביקורות ניכויים (ראו: עמ' 803-801 לדו"ח שנתי 57ב', המסומן באות טז').

(מצורפים לבקשה העתק הפנייה לממונה על חופש המידע מיום 30/7/2008, תגובת הממונה מיום 05/03/2009 ותשובה לתגובת הממונה מיום 08/03/2009 המסומנים באותיות כב1, כב2 ו- כג' בהתאמה).

68. אם כך, הראייה לאמיתותן של הטענות לעיל בדבר הקשיים העומדים בפני עובדים בדרך למימוש זכויותם להפרשי גמלה הינה מבחן התוצאה - לפיו עובדים לא פנו מיוזמתם אל המוסד ולא קיבלו הפרשים של גמלאות מחליפות הכנסה בסכומים של מאות עד אלפי שקלים לעובד מן המוסד לצד גביית דמי הביטוח ממעבידם עבורם.

69. יוצא אפוא, כי המוסד גבה במהלך השנים, דמי ביטוח, בסכום כולל של מיליארדי שקלים בלי ששילם לעובדים בגינם את מלוא הגמלאות מחליפות השכר, כמתבקש מהוראות החוק ומתכלית הגבייה. (לעניין זה ראה גם העתק כתבה שפורסמה ביום 22.1.2009 בעיתון "כלכליסט" המצורפת לבקשה ומסומנת באות כד').

ד. גבייה שלא כדין

התובעת תטען כי גביית דמי הביטוח הנוספים על-ידי המוסד הינה גבייה שלא כדין וזאת מן הטעמים הבאים:

ד.1. גביית דמי הביטוח מבלי לדרוש דין וחשבון בדבר השכר המשתלם לכל עובד מהווה

גבייה שלא כדין של דמי הביטוח

70. התובעת תטען כי מקום בו לשון החוק ברורה ואינה משתמעת לשתי פנים אין כל מקום לפרשו על פי תכליתו ועל בעל הסמכות לקיימו פשוטו כמשמעו כמצוות המחוקק שאם לא כן, ימצא בעל הסמכות כמי שמפר את הדין (ראו למשל ע"פ 282/61 זילבר שלג נ' מדינת ישראל, פ"ד כא(2) 797, 801 וכן ע"א 245/74 הרשות המוסמכת לצורך חוק רדיפת נכי הנאצים נ' זילבר, פ"ד כט(1) 271, 275).

71. לשונו של סעיף 355(2) לחוק ושל תקנה 8(א) לתקנות הגביה היא מפורשת: גביית דמי הביטוח מצווה להיעשות על בסיס טופס שמחייב את המעביד ליתן דין וחשבון בדבר "השכר המשתלם לכל אחד מעובדי...".

72. אי לכך, יהיו אשר יהיו טעמיו של סירובו של המוסד לבצע את הגביה באופן האמור, אין ולא יכול להיות שיהיה בכוחם כדי לשנות את העובדה הפשוטה והיא שהמוסד גובה את דמי הביטוח בניגוד לאופן הקבוע בדין.

73. התובעת תוסיף ותטען, למעלה מן הנדרש ומטעמי זהירות יתר בלבד כי גם אם נצא לצורך הדיון בלבד מנקודת הנחה כי הלשון של ס' 355(2) לחוק ושל תקנה 8(א) לתקנות הגביה מאפשרת אפשרויות לשוניות נוספות נגיע לאותה מסקנה כמפורט להלן:

א. התובעת תטען כי במקרה כאמור, על בית המשפט לבחור את זו המגשימה את תכלית החקיקה (ראו ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75; ע"א 674/85 אליהו חברה לביטוח נ' ז'ק, פ"ד מ"ג (1) 356, 364; ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נ"ח (4) 314, 372-373).

ב. תכלית זו מבוססת כידוע על שני יסודות - הסובייקטיבי והאובייקטיבי: התכלית הסובייקטיבית מהווה את הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר יוצר הטקסט ביקש להגשים. התכלית האובייקטיבית מהווה את הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר הטקסט צריך להגשים בחברה דמוקרטית והם משקפים ערכי יסוד של השיטה. (ראו ע"א 4030/03 מפעלי גרנות - אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' מס הכנסה - פקיד שומה למפעלים גדולים, תק-על 2007(3), 203 (2007)).

ג. התובעת תטען כי אחד מעקרונות היסוד שמבטא חוק הביטוח הלאומי כחלק בלתי נפרד מהערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר המחוקק ביקש להגשים בחוק הביטוח הלאומי הוא ליצור התאמה בין השכר של העובד שבעדו נגבים דמי הביטוח לבין השכר שבעדו משולמות לעובד גמלאות מחליפות שכר.

- ד. עקרון יסוד זה של החוק בא לידי ביטוי בפסקי דין רבים של בית המשפט:
- 1.ד כך בעניין עב"ל (ארצי) 1166/00 יהודית הלפרין נ' המוסד לביטוח לאומי, תק-אר 2003(4), 89, 96 (2003) פסק בית הדין הארצי לענייני עבודה בעניין שנדון לפניו כי זכאותה של המעוררת לשכר הנוסף במסגרת התשלום של דמי לידה צריכה להיקבע לפי אותה שיטה של תשלום דמי הביטוח וכ"תמונת מראה" לחיוב בתשלום דמי הביטוח.
 - 2.ד כמו כן, בית הדין הארצי הוסיף ופסק בעניין הלפרין הנ"ל המילים: " התשתית לגמלה זו - ובענייננו "דמי הלידה" - נובעת מן "ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח... אין מחלוקת על הזיקה הקיימת מתוקף הוראותיו של חוק הביטוח הלאומי, בין ההכנסה שממנה מגיעים דמי הביטוח מן המבוטחת לבין שיעורם של דמי הלידה שישתלמו לה, כפי שהיא מעוגנת בתקנות דמי הביטוח".
 - 3.ד ביטוי לעמדה זו ניתן גם על ידי השופט עמירם רבינוביץ בעניין עב"ל 205/97 אילנה לייטנר נ' המוסד לביטוח לאומי, תק-אר 99(3), 17 (1999), שם נקבע כי הביטוי "הכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח", בו נעשה שימוש בחוק ובתקנות, יוצר את הזיקה בין ההכנסה לצורך החיוב בדמי ביטוח להכנסה לעניין קביעת שיעור דמי לידה.
 - 4.ד ביטוי נוסף לאמור, ניתן למצוא גם בהחלטת בית הדין הארצי לעבודה מיום 30.07.2007 בעניין עב (ב"ש) 2273/06 ליסיץ מיכאל נ' סיון רונן מיזוג ואיוורור אילת בע"מ, תק-עב 2009(3), 52 (2009), שם נפסק, באלו המילים: "על פי סעיף 342 לחוק הביטוח הלאומי חייב מעביד בתשלום דמי ביטוח בעד עובדו. אין חולק, כי חייב המעביד לדווח לביטוח לאומי דיווח אמת על שכרו של העובד. אין ספק, כי חקיקה זו נועדה גם לטובתו של העובד ובפרט במקרה בו עסקינן, בו העובד נפגע במהלך עבודתו וזכאי לקבלת תגמולים מהמוסד".
 - 5.ד דברים דומים ברוח העיקרון האמור נאמרו על ידי בית המשפט בעניין בל (ת"א) 3066/05 רובין נחמיה נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו), שם צוין כי: "ההכנסה עליה מבססים את תשלום דמי הביטוח הלאומי, מהווה בסיס לא רק לגביית דמי הביטוח, אלא גם בסיס לתשלום גמלאות אשר על פי חוק הן יחסיות להכנסה או מהוות תחליף להשתכרות או להכנסה. על מנת להגשים את תכלית תשלומן של גמלאות מכח חוק הביטוח הלאומי, יש לבססה על הכנסתו האמיתית של המבוטח".
 - 6.ד וראו גם דב"ע נה/0-14 "גדות" תעשיות פטרוכימיות בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו) שם נקבע כך: "תשלומי דמי הביטוח הלאומי אינם מושתתים על בסיס של גיל, מין, מצב משפחתי, מצב רפואי וכיו', של המבוטחים. התשלום נקבע, בדרך כלל באחוזים, על בסיס הכנסתו

של המבוטח, על פי פירוט מקורות ההכנסה שנקבעו בחוק ובתקנות לפיו, במסגרת סף מינימום ותקרת מקסימום. בסיס הכנסה זה משמש גם כבסיס לתשלום גימלה מסוג הגימלה שהיא מחליפת הכנסה... מכאן גם החשיבות של שיעור קביעת ה"הכנסה" של העובד, המשמשת כ"תחליף" להכנסתו בעת אירוע המזכה בגימלה מאת המוסד, על פי חוק הביטוח הלאומי".

ה. עיקרון יסוד זה בא לידי ביטוי גם בהקשרים נוספים בחוק ובתקנות:

1.ה. כך למשל, הוראת לשון ס' 98 (ב) לחוק - הקובעת כי ההכנסה לפיה יחושבו דמי פגיעה המגיעים לעובד הינה "ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח", אינה יכולה להשתמע לשתי פנים - המחוקק קבע מפורשות כי בסיס הגמלאות ובסיס תשלום דמי הביטוח חד המה - לא ניתן לשלם לפי בסיס אחד ולקבל גמלאות לפי בסיס אחר.

2.ה. כך למשל, הוראת תקנה 5 לתקנות הביטוח הלאומי (הגשת תביעה לגמלה ואופן תשלומה), התשנ"ח-1998 קובעת כי "על אף האמור בתקנה 1 רשאי המוסד לשלם גמלה מסוג מסוים בהסתמך על נתונים שבמאגר מידע, אף אם לא הוגשה לו תביעה" - הווה אומר, בין היתר, על בסיס ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח.

3.ה. כך למשל, תקנות הביטוח הלאומי (הגשת תביעה לגמלה ואופן תשלומה), התשנ"ח-1998 קובעת כי "ראה פקיד התביעות... שנתגלו אי-התאמות בין המסמכים והנתונים שהגיש התובע לבין הנתונים שבמאגר המידע שברשותו של המוסד - יודיע על כך המוסד לתובע..." - הווה אומר, למשל, אי התאמה בין השכר שמופיע בתלוש לבין ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח.

ו. למותר לומר שעל מנת שניתן יהיה ליצור התאמה בין ההכנסה שבגינה שולמו דמי ביטוח בעד העובד לבין ההכנסה שמזכה בגמלה מחליפת שכר, חייב להיות בידי המוסד נתון לגבי ההכנסה שבגינה שולמו דמי ביטוח בעד העובד ומכאן, שעמדת התובעת באשר לחובה המוטלת על המוסד מכוח ס' 2)355 לחוק ותקנה 8(א) לתקנות הגביה מתיישבת באופן אינהרנטי עם תכלית החקיקה כולה אשר מבקשת ליצור התאמה בין השכר של העובד שבעדו נגבים דמי הביטוח לבין השכר שבעדו משולמות לעובד גמלאות מחליפות שכר.

ז. זאת ועוד, עמדת התובעת אף עולה עם הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר הטקסט צריך להגשים בחברה דמוקרטית, המשקפים ערכי יסוד של השיטה ובכלל זה, זכויות אדם (ראו למשל בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין (פורסם בנבו)).

1.ז. כך למשל, הדיווח מגביר את השקיפות של פעולת המינהל (שלא לומר, הכרחי לשקיפות).

2.ז. כך למשל, הדיווח משרת את עיקרון השוויון מהטעם שהוא מגביר את הסיכוי של העובדים לקבל גמלה בגובה מלוא ההכנסה שהיוותה בסיס לגביית דמי הביטוח ללא תלות ביכולותיהם (מבחינת סטאטוס, יכולת פיננסית וכיו"ב) האינדיווידואליות לגבור על המכשולים הקיימים, אלא על בסיס מידע שזמין לכל עובד במידה שווה. כלומר, במובן זה הדיווח מאפשר להסיר את ההפליה בין עובדים אשר מעבידיהם ציינו את מלוא שכר עבודתם בתלושי השכר לבין עובדים אשר מעבידיהם לא עשו כן.

3.ז. כך למשל, הדיווח משרת את ההגנה על הזכות של העובדים לקבל גמלה בגובה ההכנסה שהיוותה בסיס לתשלום דמי ביטוח. אמנם הגישה לפיה זכות הקניין החוקתית (המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) חלה גם על "הקניין החדש" - (הכולל את אותן טובות הנאה וזכויות בעלות ערך כלכלי שמקורן ברשויות השלטון) טרם נתקבלה בבירור על-ידי ביהמ"ש אך מאידך גם לא נשללה על-ידו מעיקרא (לעניין זה ראו: ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה נ' הועדה המיוחדת פ"ד נא(2), 822; בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729; וכן ראו C.A. Reich, "The New Property", 73 Yale L.J. (1964) 733. יחד עם זאת, בכל מקרה מבלי להכריע בשאלה האם זכות העובדים להפרישי גמלה חוסה בצילו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אם לאו, תטען התובעת כי שככל שישנה אפשרות לפרש את הוראות סעיף 358 כך שמחויב המוסד להפעיל את סמכות הגבייה שלו באופן אשר מוביל למיצוי מלא של זכויות העובדים לקבלת גמלה הרי שיש להעדיף פירוש זה כאמור (ראו: אהרון ברק, פרשנות במשפט, פרשנות חקיקה, תשנ"ג בעמ' 553).

74. אשר על כן, התובעת תטען כי די באמור לעיל כדי לבסס את המסקנה שדמי הביטוח נגבים בניגוד לאופן הקבוע בדין - הווה אומר, בניגוד לדין.

2.ד. גביית דמי הביטוח על בסיס גלובאלי במסגרת ביקורת ניכויים נוגדת את הדין

75. התובעת תטען כי אופן גביית דמי הביטוח במסגרת ביקורת הניכויים; קרי גביה באופן גלובאלי, הינה בניגוד להוראות סעיף 358 ממנו שואב המוסד את סמכותו לערוך ביקורת ניכויים ועל כן הגבייה המתבצעת הינה שלא כדין.

76. מבחינה לשונית, הוראות סעיף 358 קובעות כי במידה ופקיד הגביה משוכנע כי הסכום הנקוב בדין וחשבון שהמעביד הגיש למוסד לפי התקנות (קרי; תקנה 8א) לתקנות הגבייה) אינו משקף נכונה את המצב בפועל הרי שרשאי הוא לקבוע את דמי הביטוח שיש לשלם, ובמילים אחרות - את שכר העבודה אשר ממנו נגזר סכום דמי הביטוח.

77. התובעת תטען כי את הדיבור "רשאי הוא לקבוע את הסכום המגיע כדמי ביטוח שיש לשלם" יש לפרש בהקשר של ההוראה בה הוא מופיע ואת ההוראה כולה בהקשר בו היא מופיעה (ראו א' ברק "פרשנות במשפט", כרך שני בעמ' 104).

78. מאחר ובהתאם לתקנה 8(א) (שקדמה לחקיקתו של סעיף 358) המעביד מחויב להעביר למוסד דין וחשבון ובו פירוט השכר המשתלם לכל אחד מעובדיו הרי שקריאה במצטבר של הוראות תקנה זו וסעיף 358 מובילה למסקנה הבלתי נמנעת כי משמעות הדיבור "לקבוע את הסכום המגיע כדמי ביטוח שיש לשלם" הינה שפקיד הגביה הראשי נכנס לנעלי המעביד לצורך קביעת הסכום המגיע כדמי ביטוח שיש לשלם עבור כל עובד בנפרד ועליו להפעיל את סמכותו לגבות את דמי הביטוח על בסיס קביעה בדבר דמי הביטוח שיש לשלם בגין כל עובד בנפרד.

79. התובעת תטען כי פרשנות כאמור להוראות סעיף 358 לחוק, תואמת מבחינה לשונית את לשון הוראות הסעיף וכן מגשימה את תכליתה של הנורמה המעוגנת בסעיף הנ"ל בפרט ובחוק הביטוח הלאומי ככלל ואף מגשימה את עקרונות היסוד של השיטה המשפטית כולה וזאת לאור כל אחד מהטעמים הבאים:

א. פרשנות זו מגשימה את התכלית של יצירת התאמה בין השכר של העובד שבעדו נגבים דמי הביטוח לבין השכר שבעדו משולמות לעובד גמלאות מחליפות שכר, אשר מהווה כמפורט לעיל חלק בלתי נפרד מהערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציה אשר המחוקק ביקש להגשים בחוק הביטוח הלאומי.

ב. פרשנות זו, מתיישבת לא רק עם התכלית הנ"ל אלא גם דרושה לצורך גבייה התואמת את הוראות החוק ובתור שכזו היא מביאה להתאמה והרמוניה בינה לבין שאר הוראות החוק.

ב.1. כך למשל, תטען התובעת כי קביעה של דמי הביטוח באופן פרטני עבור כל עובד עולה בקנה אחד גם עם הוראות ס' 348 לחוק הקובע כי: "א) לענין דמי ביטוח המשתלמים לפי הוראה מהוראות סעיף 335 לא יבוא בחשבון סכום ההכנסה של המבוטח העולה על הסכום המרבי המתקבל לפי האמור בלוח י"א."

בהתאם לסעיף הנ"ל עולה כי קביעת שכר העבודה של כל עובד באופן פרטני הינה הכרחית לשם גבייה חוקית מאחר ויתכנו מקרים בהם המוסד לא יהא רשאי על-פי חוק לגבות דמי ביטוח במסגרת ביקורת נכויים עבור שכר עבודה נוסף (או חלק ממנו) של עובד מסוים במידה והכנסתו של אותו עובד עולה על הסכום המרבי לפי לוח י"א לחוק או ששכר עבודתו אינו עולה על הסכום המרבי, אך בעקבות קבלת שכר העבודה הנוסף עובר שכרו את התקרה, כך שעתה על פי סעיף 348(א), רק חלק מסוים משכר העבודה הנוסף חייב בדמי ביטוח.

ב.2. בהתאם לאמור, למשל, במקרה של מעביד פלוני שהוציא חמישה מעשרת עובדיו להשתלמות בחו"ל על חשבוננו שעה שהמעביד סבור שעסקינן בהוצאה שהוצאה לטובת המעביד ועל כן אינה מהווה שכר נוסף שיש לשלם בגינו דמי ביטוח לאומי, פקיד הגביה הראשי רשאי לקבוע שההוצאה הנ"ל מהווה שכר נוסף. ואולם, ברי כי פקיד הגביה הראשי מוסמך ואף חייב לייחס לפי מיטב השפיטה את השכר הנוסף לכל אחד מחמשת העובדים הנ"ל כדי להחליט האם יש לשלם בגינו דמי ביטוח, שכן עליו לבדוק האם מי מבין העובדים הנ"ל עבר את התקרה לתשלום דמי ביטוח ו/או יעבור את התקרה לתשלום דמי ביטוח מהשכר הנוסף שיש להוסיף להכנסתו ו/או באיזה מדרגת שכר נמצא כל אחד מהעובדים הנ"ל לצורך קביעת דמי הביטוח שיש לשלם בגין השכר הנוסף ולפיכך, אין לגבות דמי ביטוח בגין השכר הנוסף שנקבע ששולם לו.

ג. מעבר לכך, פרשנות זו, נלמדת גם מתוך הקשר הדברים: לא יכול להיות חולק על כך שהסמכות של פקיד הגביה הראשי לקבוע את דמי הביטוח שיש לשלם יכולה להיות מיושמת לגבי כל אחד מהנתונים שמונחים בפניו אשר כמצוין לעיל צריכים על פי דין להתייחס לכל עובד ועובד בנפרד. מכאן צא ולמד: אם פקיד הגביה הראשי מוסמך להחליט שההכנסה המדווחת של עובד פלוני נראית לו נמוכה מידי ולאחר חקירה ודרישה לקבוע לו הכנסה גבוהה יותר כבסיס לתשלום דמי הביטוח (וכתמונת ראי, גם כבסיס לתשלום גמלה מחליפת שכר) אך ברור שפקיד הגביה מוסמך לקבוע שהטבות שונות מהוות שכר נוסף של מספר עובדים ובהתאם לייחס אותן לאותם עובדים.

ד. בנוסף, פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם שיטתו של המוסד שהרי כמצוין לעיל, המוסד לא חולק על סמכותו להורות על האופן שבו יש לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד לצורך קביעת ההכנסה עבור גביית דמי הביטוח וכבסיס לתשלום גמלאות מחליפות שכר, מקום בו קיים קושי לעשות כן ובלבד שקיים קושי לעשות כן.

ה. זאת ועוד, בהינתן כי יש ממש בטענת המעבידים כי אופיין הגלובאלי של הקביעות ביחס להטבות הספציפיות (כמתואר לעיל בפרק ג.5). שולל מהם את היכולת לייחס את ההטבות ספציפיות לכל עובד בנפרד ולפיכך אין ביכולתם לתת להטבות הספציפיות ביטוי בתלוש השכר ו/או בכל דיווח אחר ללא הנחיות מפורטות מהרשות לגבי האופן שבו עליהם לעשות כן, בל יחטאו בדיווח שאינו דיווח נכון, אך ברור כי הפרשנות המוצעת ביחס לסמכותו של פקיד הגביה הראשי, מתיישבת אף עם העיקרון הפרשני שקובע כי חזקה על חוק שהוא מבקש להשיג תום לב ביחסים בין הנוגעים בדבר וכן עם העיקרון הפרשני שקובע כי מבין שני פירושים אפשריים יש לבחור בפירוש המבטיח את ההגינות הראויה בין הנוגעים בדבר ובכלל זה את החובה

של הרשות לפעול בהגינות (ראו אהרון ברק, פרשנות במשפט, פרשנות החקיקה, תשנ"ג, עמודים 548-549).

1. ועוד, בחלק הארי של המקרים (אם לא בכולם) השכר הנוסף נקבע בביקורת הניכויים זמן רב לאחר קרות האירוע המזכה, כאשר גלוי וידוע למוסד שהשכר הנוסף לא קיבל ביטוי בתלושי השכר של העובדים ולפיכך לא הובא בחשבון לצורך תשלום גמלאות מחליפות שכר ששולמו לעובדים.

כלומר, קביעה ביחס לשכר הנוסף של עובדים ספציפיים תידרש על פי רוב לגבי עובדים ספורים אצל כל מעביד, שהמוסד יכול לזהות אותם כמעט "בלחיצת כפתור" על פי הנתונים שבידיו – אלו הם העובדים שהגישו למוסד תביעה בקרות האירוע המזכה (השוו: ב"ל 1161/07 מימון יהודה נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו)).

מאחר שסמכות זו לקבוע באופן פרטני את השכר לצורך תשלום דמי הביטוח (ובצדו השני של המטבע, את השכר שבגיננו לכל הפחות העובד יהיה זכאי לגמלה מחליפת שכר) מסורה לפי חוק אך ורק לפקיד הגביה הראשי, אך ברור כי אין כל היגיון לפרש את החוק כך שהקביעה הפרטנית של השכר הנוסף תעשה אך ורק במסגרת התדיינות בדרישות של העובדים לקבל את הפרש הגמלה שמגיע להם ובמנותק מביקורת הניכויים שעה שפקיד הגביה הראשי יכול ללא כל קושי לקבוע את הקביעות בעניין זה במועד ביצוע ביקורת הניכויים, עת כל המידע הרלבנטי נפרש בפניו.

בעניין זה, יובהר ויודגש כבר עתה כי לא קיים כל קושי מעשי בידי המוסד (אשר מחזיק בידיו את מלוא הנתונים בדבר ממצאי ביקורות הניכויים וכן בדבר העובדים אשר הגישו תביעה לגמלה באותם תקופות זמן אליהם התייחסה ביקורת הניכויים), לייחס את תוספת השכר הנוסף שנקבעה בביקורת זו לכל עובד ועובד ולגזור ממנה את סכומי הפרשי הגמלאות להם זכאים עובדים אלו (על נכונות דברים אלו יעיד דו"ח שנתי 57'57, המסומן באות טז' ואשר במסגרתו קבע המבקר במדויק את סכום הפרשי הגמלאות המגיעים לעובדים מסוימים אשר אצל מעסיקם נערכה ביקורת ניכויים, כך שאם עלה בידיו של גורם חיצוני להצליח במשימה זו ודאי שיצלח בכך גם המוסד).

אפילו ועומד קושי בפני יחידת הניכויים לעשות כן באופן מדויק הרי שאין ספק כי מקום בו קיים קושי לייחס באופן מדויק את ההטבות הספציפיות לכל עובד, היחיד שיכול לעשות כן באופן מקורב על פי מיטב השפיטה זה פקיד גביה ראשי, באמצעות יחידת הניכויים. כמו כן, בידי היחידה אשר לה נתונה גמישות יתירה בכל הנוגע לקביעת הסכום המגיע כדמי ביטוח שיש לשלם במסגרת ביקורת ניכויים נתונה גם גמישות יתירה בכל הנוגע לייחוס חלק מסכום זה לכל עובד ועובד בנפרד באופן שיש להניח שחלק הארי (שלא לומר, כל העובדים) יסתפקו בו לצורך מימוש זכאותם לקבל את הפרשי הגמלה. את האמור לעיל ניתן להסיק גם מן הגמישות הרבה הנתונה למשל בידי פקיד שומה או מנהל מע"מ בבואם להוציא שומה על פי מיטב השפיטה וכן

מהסמכויות שניתנו למוסד בחוק לצורך קבלת המידע הנדרש לצורך ביצוע החוק (השוו: ע"א 8375/06 ד"ר מנחם צ'צ'קס נ' מנהל מע"מ פתח תקוה (פורסם בנבו) וכן דב"ע נה/ 234 - 0 יצחק אביד נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו)).

80. אשר על כן, התובעת תטען כי מן המקובץ עולה כי הפרשנות הראויה לסעיף 358 לחוק היא שפקיד הגביה הראשי נכנס לנעליו של המעביד על מנת לקבוע את סכום דמי הביטוח שיש לשלם בגין כל עובד בנפרד ועליו להפעיל את **סמכותו** לגבות את דמי הביטוח על בסיס קביעה בדבר דמי הביטוח שיש לשלם בגין כל עובד בנפרד ולמצער על בסיס קביעה כאמור בהתייחס לעובדים שקיבלו גמלה מחליפת שכר שלא הביאה בחשבון את השכר הנוסף.

3.ד. הפעלת סמכות הגבייה באופן בלתי סביר, בחוסר תום-לב, תוך הפרת חובת ההגינות והפרת חובת הנאמנות של המוסד, באופן אשר מהווה גביה שלא כדין של דמי הביטוח

81. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, תטען התובעת כי אפילו וסעיף 358 לחוק אינו מחייב מפורשות את פקיד הגביה לקבוע סכום של דמי ביטוח שיש לשלם עבור כל עובד בנפרד ואפילו ותקנה 8(א) לא נועדה להבטחת זכויות העובדים הגם שזו תוצאה מסתברת שלה, הרי שפעולת גבייה אשר לא נעשית בדרך זו, ביחס לעובדים שזכאים לקבל הפרשי גמלה, הינה הפעלה של סמכות באופן חסר סבירות תוך הפרה של חובת תום הלב, הנאמנות וההגינות של המוסד כלפי מבוטחיו ומשכך נעשית בניגוד לדין.

82. ככלל חובה על רשות מנהלית "להפעיל את סמכותה בדרך הראויה לנאמן שהסמכות הופקדה ביזו כדי לשרת את טובת הציבור" (ראו יי זמיר "הסמכות המנהלית" בעמ' 673).

83. מעמדה המיוחד של הרשות כנאמן הציבור מטיל עליה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב, בתום לב ובהגינות (ראו בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729; אי ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 480). כאמור, חובת ההגינות המוטלת על כל רשות הינה חובה מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט (ראו בג"צ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853).

84. דברים אלו מקבלים משנה תוקף בייחוד לאור יחסיה "שכנות" המיוחדים שבין המוסד למבוטחיו הנובעים מאופיו ומטרתו של המוסד אשר הינה הענקת ביטחון סוציאלי למבוטחיו.

85. לעניין זה ראה למשל תב (ארצי) 115-0/נה מרים יחזקאל נ' המוסד לביטוח לאומי (1995) (פורסם בנבו) שם נקבע כך:

"שיקול דעת הנתון בחוק למוסד לביטוח לאומי, כשיקול דעת הנתון לכל רשות ציבורית, אינו שרירותי. הוא כפוף בראש וראשונה לדרישת תום הלב, הוא כפוף גם לכללי ההגינות והנאמנות כלפי הציבור החלה על כל רשות מנהלית. זאת מכוח אותה דואליות נורמטיבית המחילה על רשות מנהלית, הן נורמות מהמשפט הפרטי והן נורמות מהמשפט הציבורי. מכוח נורמות מהמשפט המנהלי, חובת תום הלב מוגברת ... בענייננו מדובר בביטחון

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

86. וכן ראו תא (ת"א) 62750/06 רוזנוקס ארנה ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו) שם נפסק
כי אחד הביטויים המובהקים של חובות הזהירות, הגילוי והנאמנות המוטלות על המוסד הוא
חובתו לא לפגוע באפשרות של המבוטחים למצות את זכויותיהם באופן המרבי וכלשונו של
בית המשפט: "... על המוסד מוטלת חובת זהירות כלפי מבוטחיו, חובה שבסיסה רחב
ומורכב מחובות תום הלב מכוח המשפט הפרטי והמנהלי, ומחובת הנאמנות המוטלת עליו
בהיותו מוסד ציבורי, במיוחד נוכח אופיו כמוסד שמטרתו הענקת ביטחון סוציאלי
למבוטחיו. יחסי ה"שכנות" המיוחדים שבין הנתבע למבוטחיו, הנובעים מאופיו ומטרתו,
מקימים חובת זהירות מוגברת של הנתבע למבוטחיו". אחד הביטויים המובהקים של חובות
הזהירות, הגילוי והנאמנות המוטלות על הנתבע, הוא חובתו... לנקוט בכל אמצעי הזהירות
על מנת שלא להטעותו או להציג בפניו מצג שעשוי לגרום לו לנהוג בדרך שתפגע באפשרותו
למצות את זכויותיו באופן המירבי".

87. לפי פסיקת בית המשפט, על יסוד חובת הגינות זו, העקרונות הכלכליים שנתקבלו בפסיקה
וההכרה כי חוק הביטוח הלאומי נועד ליתן מענה למבוטחים עת אירע "אירוע מזכה", יש
לפרש את תכליתו של החוק ולבחון את חובות המוסד בעניינינו (ראו ב"ל 1161/07 מימון
יהודה נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו)).

88. גביית דמי הביטוח באופן גלובאלי ושלא באופן פרטני, ללא שימוש בטופס כנדרש בחוק, תוך
התפרקות מסמכויות האכיפה של הגביה ובמסגרת ביקורות הניכויים הינה הפעלת סמכות
מצד המוסד בחוסר סבירות קיצוני תוך הפרת חובת תום הלב הנאמנות וההגינות כלפי
העובדים וזאת מאחר וגבייה באופן זה מונעת או לכל הפחות פוגעת באופן ממשי ביכולת של
העובדים לממש את זכאותם להפרשי גמלאות והכול כפי שפורט בהרחבה לעיל.

89. בהקשר זה תפנה התובעת לבש"א (מנהליים ת"א) 30858/06 פלדמן אהרן נ' איגוד ערים
(אזור דן) (ביוב), תק-מח 2009(3), 8027 (2009), שם נקבע כך:

"המונח "שלא כדין" בסעיף 11 כולל לא רק פעולות גביה של רשות שנעשתה בניגוד לחוק,
או שלא מכוח חוק, אך גם כזו שנעשתה תוך הפרה של אחת מן החובות המוטלות על הרשות
במשפט המינהלי מכוח ההלכה הפסוקה..."

90. ועוד, התובעת תטען כי כבר נפסק בד"נ 20/82 אדרס חומרי בניין בע"מ נ' הרלו וג'ונס
ג.מ.ב.ה, פד"י מ"ב (1) 221, כי מכוחם של דיני עשיית עושר ולא במשפט ניתן להגן אף על
ציפייה ובלשון בית המשפט שם: "קיימים מצבים רבים שבהם עשויה לבוא ההתעשרות
שלא כדין מפגיעה בציפייה בלבד שאינה מגיעה לכדי זכות חוזית או קניינית".

91. כן נפסק, כי: "ציפיה של אדם, אף אם אין היא עולה כדי זכות חוזית או קניינית, עשויה להיחשב לרכושו ופגיעה בה עשויה שתוגן אף במסגרתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט". (ראו רע"א 371/89 אילן ליבוביץ נ' א.א.תי אליהו בע"מ פד"י מ"ד (2) 309).

92. כלומר, אפילו אם נניח לצורך הדיון בלבד שפקיד הגביה הראשי לא חייב לקבוע סכום של דמי ביטוח שיש לשלם עבור כל עובד בנפרד וכן שתקנה 8(א) לא נועדה להבטחת זכויות העובדים הגם שזו תוצאה מסתברת שלה, ברי כי קיימת ציפייה שהמוסד יפעל בכל האמצעים העומדים לרשותו על מנת לתקן מהשורש את העיוות שהוא תובענה זו. בפועל ציפייה זו אינה מתממשת לא מניה ולא מקצתה כתוצאה ממעשים וממחדלים של המוסד שחושפים שאיפה להנציח את העיוות הקיים ולמצער אדישות ואוזלת יד, באופן שהופך את העשרת קופתו של הביטוח הלאומי בדרך זו (דהיינו, גביית דמי הביטוח) לבלתי צודקת באופן המהווה התעשרות שלא על פי זכות שבדין.

93. יפים לעניין זה הדברים הבאים, אשר מאירים באור נוסף את האופן הלקוי והפסול שבו נהג המוסד:

א. כאמור לעיל, על פי שיטתו של המוסד, כאשר יש קושי לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד בנפרד, יש לו סמכות לקבוע את הייחוס לפי מיטב השפיטה!

רצה לומר, אם יש ממש בטענת המעבידים כמצוין בפרק ג.5. שקיים קושי לייחס את ההטבות הספציפיות לכל עובד בנפרד אזי הימנעותו של המוסד מלהתיר את הקושי הנ"ל על אף שהוא הגורם היחיד המוסמך לעשות כן גובלת בחוסר תום לב קיצוני ובלתי סבירה בעליל נוכח התוצאות המסתברות של מעשיו.

מנגד, אם המוסד אוחז בעמדה שאין קושי לעשות כן, ועל כן אין מקום להפעיל את סמכותו לעשות כן לפי מיטב השפיטה, אזי אי עמידתו של המוסד על כך שהגביה תתבצע באופן הקבוע בדין כמצוין לעיל בפרק ג.3. ומעשיו שמאשרים ומעודדים את המעבידים לדווח באופן גלובאלי ולשלם את דמי הביטוח באופן גלובאלי, גובלים בחוסר תום לב משווע ובחוסר סבירות קיצוני נוכח התוצאות המסתברות של מעשיו.

ב. זאת ועוד, כאמור לעיל בפרק ג.5. המוסד מסרב להצעת המעסיקים לתשלום הפרשי גמלאות על-פי נוסחה גלובאלית מן הטעם כי אינו יכול לתת יד לפגיעה בזכות של העובדים לקבל גמלה מחליפת הכנסה בשיעור מדויק, בעוד שבפועל יודע המוסד גם יודע כי עובדי המעסיק אינם מקבלים כלל גמלאות מחליפות הכנסה כל עוד מעסיקים אינו מציין את ההטבות שניתנו להם בתלושי השכר עקב טענתו של המעסיק שאין ביכולתו ליתן ביטוי מדויק ביחס לכל הטבה והטבה וביחס לכל עובד ועובד.

כלומר, למרבה האבסורד, המוסד מסתתר תחת טיעונים אבסורדיים בדבר הגנה על זכויות העובדים בעוד שזכויות אלו נפגעות לאורך שנים, ביודעין על-ידי המוסד ועל

כך יעיד המצב המעוות והנמשך של אי תשלום הפרשי גמלאות לעובדים הזכאים לכך.

ג. עוד תטען התובעת כי על אף שגביית דמי הביטוח במסגרת ביקורת נכויים נועדה לתכלית ראויה; קרי, גבייה של דמי ביטוח על פי חוק, הרי שהאמצעים לביצועה (רוצה לומר - גבייה גלובאלית ללא ייחוס פרטני לכל עובד) אינם הולמים את המטרה והינם אמצעים הננקטים מעבר לדרוש בכדי להשיג את מטרת הגבייה בייחוד לאור העובדה כי מסכלים הם את המטרה הסופית הממוקמת מעל מטרת הגבייה כשלעצמה והיא שימוש בדמי הביטוח הנגבים לצורך תשלום גמלאות מחליפות הכנסה למבוטחים.

רוצה לומר, אפילו והפתרון שמציעים המעסיקים אשר נובע מן הקושי שלהם לייחס ולציין את ההטבות בתלוש השכר של כל עובד בנפרד, אינו פתרון נכון "לכאורה" מבחינת המוסד, הרי שהמוסד מסרב לפיתרון זה מבלי להציע פיתרון ראוי אחר מבחינתו על אף שעסקינן בבעיה שיש למוסד סמכות לפתור אותה מעצם היותו מוסמך לקבוע את השכר וכל קביעה אחרת הדרושה לצורך קביעת השכר, על דרך השפיטה.

94. יצוין כי טקטיקה זו של העלאת טענות "על גבול הלגיטימיות" מבלי לתת את הדעת על האבסורד המתמשך מזה שנים רבות - אינה זרה למוסד.

א. כך, בתביעה ייצוגית שהתבררה בביהמ"ש המחוזי בת"א, בעניין גביית תשלום יתר ע"י המוסד, התייחס ביהמ"ש בחומרה להתנהגות המוסד כרשות מנהלית:

"נראה כי שיטת "וילהלם טל" (קלע ככל יכולתך - אולי אחד החיצים יפגע) מאפיינת את המשיב ... המשיב לא נהג כפי שרשות מנהלית אמורה לנהוג... הרשות המנהלית אמורה לשמש נאמן האזרח ולפעול בשבילו ולטובתו. במקום לראות את האבסורד.. הוא העדיף להעלות גרסאות חלופיות לא משכנעות.. מדוע זה נעשה? במקום להציע מיד בתחילת הדרך פתרון נאות למצב, הוא נמלט לטיעונים משפטיים על גבול הלגיטימיות; ודוק: לעיתים גם אם יש לרשות טיעונים, חובתה לאזרח אמורה לגבור על כך ולנסות לפתור מצב כמעט קפקאי מעין זה. צא ואמור, התייחסות הרשות לבקשת האזרח, לא באה במהירות, לא באה בהזדמנות הראשונה, וגם לא בהזדמנות השנייה. בוודאי אין בכוונת המחוקק לעודד התנהגות מעין זו, שסיבותיה עלומות בעיניי.. " (ראו תמ (ת"א) 126/06, פלורי ניסן נגד המוסד לביטוח לאומי-סניף תל-אביב. (פורסם בנבו)).

ב. כך בעניין בשא 24176/05 (ת"א) רו"ח גבי טרבלסי ועו"ד שלמה נס, בתפקידם כנאמנים של חברת קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי - היחידה לפירוקים, תק-מח 2007(4), 8009 (2007), שם המוסד התיימר להציג את סירובו להכיר בזכויות העובדים ככזה שנעשה מתוך רצון להגן על זכויות העובדים

ועל הילוכו הציני הזה הביע בית המשפט את עמדתו במילים כדורבנות אשר יפות לעניינינו אנו:

"אין לי אלא לתמוה על הדרך בה המוסד לביטוח לאומי, דווקא, מתיימר להציג עצמם כמגנה הנחוש של אותה "כבשת הרש" - וזאת לאחר שניסיון העבר מלמד כי ברוב-רובם של ההליכים שהתנהלו בעבר, היה אינטרס זה רחוק מלמלא תפקיד מרכזי בהתנהלותו והתנהלותם של הכפופים לו, וזאת בלשון המעטה. כך למשל, היה זה הביטוח הלאומי שעמד בתוקף על זכותו לבטל בהינף-יד וכמעט בלא הנמקה החלטות מעין-שיפוטיות של מפרק שניתנו לטובת עובדים של חברה בפירוק, ואשר זיכו אותם באותה "כבשת רש" בדמות גמלה. זאת, תוך שהוא טוען לזכות לשיקול דעת מוחלט, וזאת אף לאחר שעובדיו נמנעו מלהתייחס ולמעשה התעלמו במפגיע הן מהחלטת המפרק והן מפניות חוזרות ונשנות של העובדים העובדים במשך כשנתיים (פ"ש"ר 66/98 איזדורפר נ' המוסד לביטוח לאומי, [פורסם בנבו]) - עמדה, אשר לא בכדי נדחתה בחריפות, הן בבית משפט זה, והן בערעור בבית המשפט העליון.

באותה דרך עצמה, סירב המוסד לביטוח לאומי, במשך שנים ארוכות, לשלם את המגיע לעובדים שמעבידם נקלע לפירוק בגין "דמי הודעה מוקדמת", וזאת בהנמקה משפטית מופרכת על-פניה, אשר עשתה גזירה שווה שלא כדין בין רכיב זה לבין פיצוי עונשי על הלנת שכר. אף בעניין זה, נמתחה על עמדתו זו ועל יחסו לעובדים ביקורת נוקבת בערכאות, ובסופו של יום ניתן תקדים מחייב בבית משפט העליון על-ידי כב' השופט רובינשטיין בע"א 10961/04, המוסד לביטוח לאומי נ' מתן גוטר, [פורסם בנבו], חרף כל נסיונותיו של הביטוח הלאומי "למנוע את רוע הגזירה". לאור האמור לעיל, הן בעניין המקרים שאוזכרו והן במקרים רבים אחרים שקצרה היריעה מלהזכירם, הרי שטוב היתה עושים הביטוח הלאומי ובאי-כוחו המלומדים, לו נמנעו מלכתחילה מנקיטה בקו טיעון זה, אשר גובל לכשעצמו בנסיון לגייס "טיעוני אווירה", שאין בהם ממש אף לכשעצמם".

95. התובעת תטען כי גם לאור האמור, גביית דמי הביטוח במסגרת ביקורות הניכויים על-ידי המוסד, נעשית בניגוד לדין.

ד. 4. גביית דמי הביטוח בניגוד למטרת החוק באופן שהופך את הגביה לגביה שלא כדין

96. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, תטען התובעת כי אפילו וסעיף 358 לחוק אינו מחייב מפורשות את פקיד הגביה לקבוע סכום של דמי ביטוח שיש לשלם עבור כל עובד בנפרד ואפילו והחובות מתחום המשפט המנהלי אינן מחייבות הפעלת סמכותו באופן זה, הרי שגבייה של כספים (אפילו ונגבו על פי חיקוק) אשר פעם אחר פעם אינם משמשים לאתר גבייתם למטרה לשמה הוענקה הסמכות לגבותם, הינה גבייה שלא כדין.

97. לעניין זה תפנה התובעת לבשי"א (מנהליים ת"א) 30858/06 פלדמן אהרן נ' איגוד ערים (אזור דן) (ביוב), תק-מח 2009(3), 8027 (2009), שם נקבע כי עיריות אשר גבו אמנם על פי חיקוק מן תושביהן אגרות ביוב איגודיות עבור איגוד ערים אך לא העבירו את הכספים שגבו אל האיגוד, גבו אגרות אלו שלא כדין מאחר וכספים אלו לא שימשו למטרותם. יפים לעניינו הציטוטים הבאים מן הבשי"א הנ"ל:

"בעניינו, קובע במפורש סעיף 14 לחוק איגודי ערים כי האיגוד רשאי להטיל אגרות והיטלים אך ורק לצורך כיסוי הוצאות הקמתו של מפעל של האיגוד והחזקתו ... לכן, אין לגבות את האגרה לצרכים אחרים, ולאחר שנגבתה אין לעשות בה שימוש אלא למטרה לה יועדה.

לאור האמור לעיל, מותנית חוקיות גביית האגרה בכך שהיא נגבית ואף משמשת בפועל לצורכי הביוב של האיגוד. אם מסתבר כי שנה אחר שנה גובות העיריות את האגרה ואינן מעבירות אותה לאיגוד במלואה, והאיגוד עצמו איננו דורש את מלוא כספי האגרה שנגבתה עבורו - המסקנה היא, לכאורה, שהכספים אינם נגבים עוד במלואם למטרה שלשמה הוסמכה הרשות לגבותם. אם כך הם פני הדברים, אין כל סיבה שהכספים לא יוחזרו למשלמי האגרות, ונוצרת יריבות בינם לבין העיריות שגבו את האגרה ונמנעו מלהעבירה לאיגוד.....";

"פרשנות זו נשענת אף היא על מעמדה החוקתי של זכות הקניין של הפרט. בעניינו, משהסתבר כי אגרת הביוב נגבית על ידי העיריות עבור האיגוד במשך שנים בסכום העולה משמעותית על הסכומים שהועברו לאיגוד, וכי האיגוד לא דרש לקבל את מלוא כספי הביוב - יש בסיס משפטי לטענה כי המטרה הציבורית שעמדה בבסיס גביית האגרה נשמטה, באופן שהמשך הגבייה הפך לבלתי חוקי. בנסיבות אלו עולה יותר מאשר חשש ממשי כי כספי אגרת הביוב האיגודית שימשו בחלקם למטרות שונות של העיריות, שאינן קשורות לביוב איגודי. אם יוכח כי מדובר בפרקטיקה שנהגה במשך שנים, כפי שעולה לכאורה מן הראיות שהובאו, תהא המסקנה העולה מכך שהעיריות ידעו מלכתחילה, כבר בעת שגבו את האגרה בתקופה נשוא התביעה, כי אין בדעתן להעבירה במלואה לאיגוד.... אם הדבר ידוע מלכתחילה, הרי שאי-החוקיות נעוצה לא רק בדרך שהעיריות נוהגות בכספים שגבו כאגרת ביוב, אלא בגבייה עצמה. בנסיבות אלו, ובהתאם לרעיון העומד בבסיס הילכת קרסיק, יהיה ניתן לטעון כי יש להשיב את כספי האגרה לתושבים - אם יסתבר שהם אינם נחוצים לאיגוד ושהוא איננו דורש אותם, כפי שהיה ב-15 שנים אחרונות. במקרה כזה, תקום לכאורה עילת תביעה להשבת כספי אגרת הביוב האיגודית שנגבו בשנתיים שקדמו להגשת התביעה (תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק לתביעת השבה נגד רשות)". [הדגשה שלנו - הח"מ].

98. לעניין זה ראו גם בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נה(2) 625, 700-701 שם צוין כי:

"קיים קשר הדוק בין סמכות לבין מטרה. לכל סמכות יש מטרה משלה. לעתים המטרה מפורשת בחוק ולעתים היא נלמדת, באופן משתמע, מתוך ההיסטוריה של החוק, מלשון

החוק, ממהות הסמכות ועוד... אולם יש סמכויות שניתן לקרוא להן סמכויות צמודות מטרה, ובהן מטרת הסמכות צריכה להתקיים לא רק בעת הפעלת הסמכות, אלא גם לאחר הפעלת הסמכות. בסמכות כזאת הפעלת הסמכות משנה את המצב המשפטי לאורך זמן בתנאי שמטרת הסמכות קיימת כל אותו זמן. כאשר התנאי חזל להתקיים, המצב המשפטי שנוצר עם הפעלת הסמכות צריך להשתנות.

99. במקרה שלנו, העובדה שלאורך שנים רבות גובה המוסד דמי ביטוח במסגרת ביקורת ניכויים בהיקף כספי נרחב מבלי שישתלמו בעבורם הפרשי גמלאות מחליפות הכנסה לעובדים הזכאים לכך והכול באופן קבוע ושחוזר על עצמו במשך שנים רבות מתוך ידיעה ועצימת עיניים של המוסד לביטוח לאומי כי דמי ביטוח אלו אינם משמשים וכן אינם יכולים לשמש למטרתם האמיתית, מובילה למסקנה כי דמי הביטוח הללו אינם נגבים במלואם למטרה שלשמה הוסמך המוסד לגבותם ועל כן גביית דמי ביטוח אלו נעשית שלא כדין.
100. כפי שפורט לעיל פני הדברים הם שלמעבידים אין כל דרך חישובית או לחלופין אינטרס לייחס את השכר הנוסף לכל אחד מעובדיהם ולתקן את תלוש השכר שלו, שהרי בכל מקרה שילמו הם כבר למוסד את דמי הביטוח המגיעים לו.
101. כפועל יוצא מכך, המעבידים לא מייחסים בעצמם את ההכנסה הנוספת לכל עובד ולא מעדכנים את תלושי העובדים ולחלופין אין בידי העובדים את המידע והכלים המתאימים בכדי לבצע ייחוס בעצמם, ומכאן שהעובדים הזכאים להפרשי גמלה אינם עומדים בדרישה של המוסד לבסס את תביעתם על תלוש השכר שלהם.
102. לאור האמור, הפעלת הסמכות של גביית דמי הביטוח על ידי המוסד מבלי למצוא פיתרון למצב האבסורדי אשר נוצר וזאת לאורך שנים רבות ומתוך ידיעה ברורה של המוסד את תוצאות הדבר, הינה הפעלת סמכות גבייה בניגוד לתכלית החוק.
103. כתמיכה לטענה כי מטרת הגבייה של רכיבים מסוימים מדמי הביטוח אשר נגבים מן המעבידים במסגרת ביקורת ניכויים הינה תשלום גמלאות לעובדי מעבידים אלו, תבהיר התובעת כי חוק הביטוח הלאומי אמנם מוגדר כ"חוק סוציאלי" אך אופיו הביטוחי קיים ועולה במספר הקשרים.
104. כך, אופיו הביטוחי של החוק מודגש בעיקר בכל הנוגע לחישוב סכומי הגמלאות מחליפות השכר להן זכאים העובדים כפי שפורט בהרחבה בפרק ג.2. דלעיל - ישנו קשר ישיר בין גובה ההכנסה של העובד ממנה שולמו דמי ביטוח לבין גובה הגמלה.
105. בנוסף, הזכות לקבלת גמלאות אינה זכות מוקנית אוטומטית אלא יש צורך בתקופת אכשרה של ביטוח ותשלום דמי ביטוח כתנאי לקבלת הגמלה - לדוגמה - ביטוח זיקנה ושארים (ס' 246 לחוק) ביטוח אבטלה (ס' 160 ו - 161 לחוק) ביטוח סיעוד (סעי' 226 לחוק) דמי לידה (ס' 50 לחוק) ביטוח סיעוד (סעיף 226 לחוק), וביטוח שארים (סעיף 253 לחוק).
106. כמו כן, בהתאם לסעיף 312 לחוק רשאי המוסד לקזז מתשלומי גמלאות המגיעים ממנו לזכאי, דמי ביטוח שהזכאי חייב למוסד. עפ"י ס' 281 לחוק רשאי המוסד לנכות חוב דמי

ביטוח לאומי המגיע לו מהמעביד מסכומי גמלאות שעל המוסד לשלם לעובדי המעביד כגון מילואים ודמי פגיעה בעבודה.

107. דוגמא נוספת לקשר הישיר שבין תשלום דמי הביטוח לתשלום הגמלאות הינה סעיף 343 לחוק הקובע כי מעביד אשר משלם לעובדיו שכר בעד הזמן שבעדו משתלמים להם דמי פגיעה בעבודה ישלם דמי ביטוח מופחתים בהתקיים תנאים מסוימים.

108. יתירה מכך, סעיף 28 לחוק קובע מפורשות כי כל סכום שמשלמים למוסד כדמי ביטוח ייזקף לזכות השבונות ענפי הביטוח השונים לפי יחס שיעורי דמי הביטוח הקבוע בלוח י' בחוק. כאשר הסכומים בחשבונות אלו משמשים לתשלום גמלאות למבוטחים בקרות להם אירוע מזכה. כמו כן, קובע הסעיף הנ"ל כי לכל ענף ביטוח יתנהל חשבון נפרד כאשר לא יועברו כספים מחשבון אחד למשנהו ללא אישור הגורמים הממונים בחוק.

109. בנושא זה תפנה התובעת גם אל דבריו של ביה"ד הארצי לעבודה בדיון מא' / 0 - 115 המוסד לביטוח לאומי נ' שולמית פיקהולץ (פורסם בנבו) שם עמד על ההבדל בין "מס" לבין "דמי ביטוח לאומי":

"היחסים שבין המוסד לביטוח לאומי לבין החייבים בתשלום דמי ביטוח והמבוטחים, שונים בתכלית ושונה מהות התשלום. היחסים הם במישור של "ביטוח" אם כי לא "ביטוח מסחרי" אלא "ביטוח סוציאלי", שיש עמו "תן" ו"קח" ודמי ביטוח אינם "מס" אלא תשלום שלרוב... תמורה בצידי".

110. וכן לדבריו של ביה"ד הארצי לעבודה בעניין ויולטה אולחובק נק' המוסד לביטוח לאומי – עב"ל 1381/01 (ארצי) (פורסם בנבו) שם נאמר כי: "המוסד לביטוח לאומי הופקד על הקופה הציבורית שתכליתה להגשים את הזכויות הסוציאליות של ציבור המבוטחים, לפי דין. במסגרת זו המוסד לביטוח לאומי וציבור המבוטחים אינם צדדים לעומתיים הנמצאים משני עברי המתרחס, כי אם שותפים לזכויות ולחובות שבדין וככאלה חלים עליהם – אהדדי- וכחובה מוגברת, יחסי אמון, תום לב והגינות"

111. התובעת תטען כי גם מהטעם האמור, גביית דמי הביטוח במסגרת ביקורות הניכויים על-ידי המוסד, נעשית בניגוד לדין.

ה. שאלת ההשבה

112. התובעת תטען כי מאחר ובמסגרת ביקורות הניכויים נגבים דמי ביטוח שלא כדין כפי שפורט בהרחבה לעיל, הרי שעל המוסד להשיבם.

113. באשר לשאלת גובה סכומי ההשבה וכן זהותם של חברי הקבוצה המיוצגת הזכאים להשבת סכומים אלו, הרי שיידונו להלן במסגרת הדיון בעילת התביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט של חברי הקבוצה המייצגת ובאספקלריה של סמכותו של בית המשפט לפי ס' 20 לחוק התובענות הייצוגיות.

1. השבת הכספים לחברי הקבוצה המיוצגת לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט

114. עילת התביעה האישית של הקבוצה המיוצגת מבוססת על חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר").

115. רכיביה של עילת תביעה לפי חוק עשיית עושר מתגבשת בהתקיים שלושה יסודות, כדלקמן:
א. התעשרות. ב. שלא על פי זכות שבדין. ג. שבאה לזוכה מן המזכה. (ראו למשל: ע"א 760/77 בן עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לג(3) 567 (1979)).

116. באשר ליסוד השני; קרי, "שלא על פי זכות שבדין" קבעה הפסיקה כי התעשרות שלא על פי זכות שבדין תתרחש במקרה בו ניתן להצביע על דין השולל את הפעולה אשר גררה את ההתעשרות או לחלופין גם כאשר ההתעשרות אינה צודקת משיקולי צדק ויושר (ראו למשל: מ' אגמון-גונן "ההשבה בהקשרים חוזיים" המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"א-2001, בעמ' 62; רע"א 371/89 ליבוביץ' נ' א.א.ת.י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 323-321 (1990); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה, פ"ד נב(4) 289, 432-431 (1998)).

117. כפי שפורט לעיל, גובה המוסד דמי ביטוח שלא כדין מן הטעמים המפורטים לעיל וכאמור, "גביית מס או אגרה שלא כדין נחשבת כקבלת דבר" שלא על פי זכות שבדין", המקימה בעיקרון חובת השבה" (ראו בש"א (תל-אביב-יפו) 30858/06 פלדמן אהרן ואח' נ' איגוד ערים (אזור דן) (ביוב)).

118. באשר ליסוד השלישי; קרי, "שבאה לזוכה מן המזכה" דמי הביטוח אמנם נגבו מן המעבידים אך במקרה דנן המזכים הינם חברי הקבוצה המיוצגת וזאת מהטעמים הבאים:

הטעם הראשון לכך הינו שלא ניתן לסבור כי המעבידים הם המזכים שהרי הם אלו שמלכתחילה לא מילאו אחר חובתם לדווח למוסד על השכר הנוסף שהעניקו לעובדיהם וכי לא נוצר להם כל חיסרון כיס בעקבות תשלום דמי הביטוח עבור עובדיהם שכן זו חובתם על פי חוק.

הטעם השני לכך מבוסס על כך שכפועל יוצא מכך שהמוסד גובה את דמי הביטוח תוך פגיעה בזכות על פי דין של חברי הקבוצה המיוצגת כי גביית דמי הביטוח שמשולמים בעבורם תיעשה באופן ולמטרה שעל פי דין (ולמצער, תוך פגיעה פסולה בציפייה שכך תבוצע הגבייה), המוסד מתעשר על חשבון העובדים כי הוא שולל מהם זכות זו שהם היו זכאים לה.

הטעם השלישי לכך נובע מכך שלפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, התוצאה של הפקת רווח עקב הפרת חובת אמון הינה שלילת הרווח מהמפר והעברתו אל האדם שכלפיו הוא חב חובת אמון. לית מאן דפליג שהמוסד חב בחובת אמון כלפי העובדים. הרווח בעניינינו הנו דמי הביטוח שנגבו על ידי המוסד שלא כדין תוך הפרת חובת האמון כלפי העובדים, עד לגובה הפרשי הגמלה שלא שולמו.

הטעם הרביעי לכך נובע מכך שלפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, האינטרס של העובדים שנפגע כתוצאה מהאופן שבו נגבו דמי הביטוח הוא בעל דרגת קירבה מספקת לאירוע הפסול

המזכה אותם בהשבת דמי הביטוח שנגבו שלא כדין עד לגובה הפרשי הגמלה שלא שולמו, אפילו אם נניח שהעובדים אינם בבחינת ה"מזכה".

119. לעניין טענתה של התובעת בנוגע לכך שההתעשרות של המוסד כמצוין לעיל בעניינינו מבוססת על פגיעה בזכות של העובדים שהגביה תבוצע באופן ולמטרה על פי דין ולמצער, על פגיעה בציפייה מוכרת בדין של העובדים ולפיכך באה על חשבון העובדים, יפים הדברים הבאים:

א. בעניין דנ 20/82 **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה.**, פ"ד מב(1) 221 פסק בית המשפט כי "קיימים מצבים רבים, שבהם עשויה לבוא התעשרות שלא כדין מפגיעה בציפייה בלבד, שאינה מגיעה לכדי זכות (חוזית או קניינית). "עקרונית, קיימת בהחלט אפשרות שאינטרס, שלגביו לא הייתה לתובע זכות קניינית או אפילו זכות לחוב (in personam), אלא ציפיה בלבד, יחשב כאינטרס הבא מן התובע, כזכיה שנעשתה על חשבוננו" (פרידמן, במאמרו הנ"ל, בעיוני משפט ח' בעמ' 266). ואם בציפייה כך, בזכות חוזית על אחת כמה וכמה... על-פי גישתנו שלנו, כאשר נעשה חוזה למכירת סוס, רוכש הקונה זכות לקבלת סוס ולא זכות לפיצויים בגין אי-קבלת סוס. אם המוכר מקבל טובת הנאה ממכירת הסוס לצד שלישי, הוא מתעשר על חשבון הקונה, **שכן הוא שולל מהקונה זכות שהיה זכאי לה".**

ב. כלומר, אם כך, בציפייה ואם כך בזכות חוזית אזי על אחת כמה וכמה תיחשב ההתעשרות הבאה מהפרת זכות של התובע על פי דין (ובעניינינו שלילת זכותם של העובדים שגביית דמי הביטוח תעשה באופן ולמטרה על פי דין), כזכיה שנעשתה על חשבוננו של התובע.

ג. מכל מקום, כאמור בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין א 1171/97 **JOOP! GmbH נ' כל פרפיוס בע"מ**, תק-מח 2006(2), 8533 (2006), "העובדה, כשלעצמה, שההתעשרות התקבלה מצד שלישי, וכי לתובע עצמו לא היתה זכות שבדין כלפי הצד השלישי לקבלה, איננה שוללת את האפשרות שהיא תראה כהתעשרות על חשבון התובע או התעשרות הבאה ממנו..." ובעניין זה די להראות כי ההתעשרות של הנתבע באה באופן בלתי צודק מפגיעה בציפיות של התובע על מנת שניתן יהיה לראות את הנתבע כמי שהתעשר "על חשבון" התובע.

120. לחלופין ומבלי לגרוע מן האמור לעיל תטען התובעת כי אפילו ולכאורה הפקת הריווח של המוסד אינה נובעת מנטילת זכותם של חברי הקבוצה המיוצגת כפי שנטען לעיל הרי שעדיין היה חב המוסד להשיב אליהם את הריווח שהפיק וזאת מאחר והנתבע מחזיק בחובת אמון ונאמנות כלפי מבוטחיו ובכללם חברי הקבוצה המיוצגת אשר אותה הפר, בכך שגבה כספים בעבור מבוטחיו בניגוד לדין וזאת מהטעמים המפורטים להלן:

א. לעניין היות המוסד חב בחובת נאמנות כלפי מבוטחיו, ראו למשל: תב (ארצי) 0-115/נה מרים יחזקאל נ' המוסד לביטוח לאומי (1995) - (פורסם בנבו); אזורי

לעבודה (נצי') ב"ל 2121/07 אסתר הוכמן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו);
ויולטה אולחובק נק' המוסד לביטוח לאומי – עב"ל 1381/01 (ארצי) (פורסם בנבו);

ב. כמו כן, בע"א 181/85 צבי חיימוב נ' המוסד לביטוח לאומי, תשמ"ו (2) 205 (1985),
פסק בית המשפט העליון כי מחדלו של המוסד מלפעול כפי שניתן לצפות ממוסד
ציבורי, היינו בזריזות סבירה, היה הפרה של חובת אמון שחב המוסד כלפי
המבוטח.

ג. כמו כן יצוין כי לעניין חובת האמון הרי שהפסיקה הכירה בקטגוריות רחבות ביותר
בהן קיימת חובה מעין זו ואף למעלה מכך צוין כי רשימת המצבים שבהם קיימים
יחסי אמון איננה סגורה (לעניין זה ראו: פרידמן ע"ע כרך א' בעמ' 33; בג"צ 531/79
סיעת "הליכוד" נ' עיריית פתח תקווה פ"ד לד(2) 566, 570).

ד. לעניין הפרת חובת אמון והשבת הרווח שהופק עקב הפרתה ראו פרידמן ע"ע כרך
א' עמ' 532-533:

"חומרתה של חובת האמון משתקפת באיסור על הפקת רווח עקב הפרתה... רווח
שהופק עקב סטייה מכללים אלה יישלל מן המפר, ויועבר לאדם שכלפיו הוא חב
חובת אמון... זאת, בין אם הרווח נובע מנטילת זכותו של המוטב ובין אם לאו, בין
אם סבל המוטב ובין אם לאו... השבת הרווח אינה מותנית, אפוא, בכך שהוא
הופק "על חשבון" המוטב, במונח הרגיל שאנו מייחסים למושג זה. לכל היותר
ניתן לגרוס כי העובדה, שכשלעצמה, שהפקת הרווח התאפשרה עקב הפרת חובת
האמון היא ההופכת אותו לרווח "על חשבון" המוטב".

וכן ראו הדברים בעמ' 557, שם מצוין כך:

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

וכן הדברים הבאים המובאים בעמ' 560:

"העיקרון הינו נוקשה, וחומרתו משתקפת בכך שהעובדות הבאות, כולן או חלקן,
אין בהן כדי לשמש לנאמן הגנה בפני תביעת השבה של הנהנה: העובדה שהנאמן
פעל בתום לב ומתוך אמונה שהוא פועל למען המוטב; העובדה שהפקת הרווח לא
גרמה כל נזק למוטב, שתנאי העסקה היו הוגנים או שלא ניתן היה להפיק את
הרווח עבור הנאמנות או עבור המוטב. כאמור, כל אלה אין בהם כדי לפטור את
הנאמן מאחריות ולא ישמשו לו הגנה בפני תביעת המוטב להשבת הרווח."

ה. כמו כן ראו עא 605/88 תבורי - בית חרושת למשקאות קלים בע"מ נ' מעינות
הגליל המערבי סוכנויות בע"מ פ"ד מה(2) 1 (1988) שם נקבע כי מערכת יחסים בין

יצרן לסוכן כוללת חובת אמון שחב הסוכן כלפי היצרן, כאשר במקרה של הפרת חובת אמון זאת על-ידי הסוכן, תוך תחרות בעסקי היצרן, זכאי היצרן לרווחי הסוכן שהופקו עקב ההפרה, אפילו וההשבה כאמור אינה נגזרת מההפסד או האובדן לצד הנפגע, אלא מטובת ההנאה שהפיק הצד המתעשר שלא כדין.

121. לחלופין ומבלי לגרוע מן האמור לעיל תטען התובעת כי אפילו ורווחי המוסד אינם נובעים מאינטרס של חברי הקבוצה המיוצגת או לחלופין אינם נובעים מהפרת חובת אמון של המוסד כלפיהם הרי שאלו רווחים אשר הופקו עקב מעשה פסול כאשר אין זה סביר כי הרווחים הללו יישארו בידיו של המוסד בבחינת ש"אין חוטא יצא נשכר" ועל כן יש להשיבם לחברי הקבוצה המייצגת אשר האינטרס שלהם הוא בעל דרגת קירבה מספקת לאירוע הפסול, אפילו שהרווח לא הופק לכאורה על חשבונם:

א. לעניין זה ראו פרידמן ע"ע כרך א בעמ' 602-594; ע"א 711/72 נפתלי מאיר נ' הסוכנות היהודית פ"ד כח (1) 393, 399; ע"א 139/76 שושנה אופיר נ' יוסף לוי פ"ד לא(3) 29, 37.

ב. דוגמא לשלילת רווח בשל התנהגות פסולה של נתבע והכרה בזכותו של אדם אחר לרווח זה, הינה פס"ד האנגלי (H.L.) 1 All E.R. 617 [1951] Reading V.A.-G במסגרתו נשללו רווחיו של סמל אשר השתמש במדיו לצורך הברחה והועברו לכתר הבריטי.

ג. באופן דומה נקבע בע"א 304/70 משה אביעם נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 665 כי עובד מדינה שהיה מוסמך לגבות כספים שהשתלמו למדינה כאגרות או מיסים וגבה בפועל סכומים גבוהים מאלה ושלשל אותם לכיסו, ישיב את הכסף למדינה על אף שלא נגרם למדינה כל נזק.

לעניין זה ראוי להפנות לדברים הבאים מתוך פסה"ד אשר צוטטו מדבריו של הלורד דנינג:

"לפי דעתי, זהו עיקרון של דין, שאם עובד מתוך הפרת חובת הגינות ותום לב, מפיק יתרון משירותו כדי לעשות רווח לעצמו... היינו כאשר גורמים אלה הם בעלי חשיבות מכריעה לקבלת הכסף על ידו, זכאי המעביד לקבל ממנו דין וחשבון על כך. אין נפקא מינה, שהמעביד לא הפסיד כל רווח ולא סבל כל נזק... אין להרשות שהעובד ישאיר אצלו כסף והדין קובע, שיש לקחת כסף זה ולתת אותו למעביד, מכיוון שהוא קיבל אותו רק בגלל המעמד שבו הוא נמצא כעובד של המעביד שלו"

122. אשר על כן, לקבוצה המיוצגת עילת תביעה כנגד המוסד בעילה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.

ז. סכום ההשבה

123. בהתאם לסעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות מעריכה התובעת, כי סכום הפרשי הגמלאות המגיעים מהמוסד לביטוח לאומי בגין תשלום דמי הביטוח, לשנתיים שקדמו למועד הגשת תובענה זו עומד על סך של 42,912,896 לשנת 2008 ועל סך של 68,546,509 לשנת 2009 ובסך הכול על סך של 111,459,405 ₪.

פירוט של התחשיב של סכום ההשבה מסומן באות כה1 ומצורף אל הבקשה.

ח. סמכות מקומית ועניינית:

124. לאור האמור לעיל, מתוקף חוק תובענות ייצוגיות ובכלל זה הוראות סעיף 5(ב)(2) וחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000 הרי שלבית משפט נכבד זה מוקנית הסמכות העניינית לדון בתובענה זו אשר עוסקת בתובענה ייצוגית כנגד "רשות" להשבת כספים שגבתה שלא כדין.

125. מתוקף ס' 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי-דין), תשס"א-2000 ותקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 הסמכות המקומית מסורה לבית משפט נכבד זה.

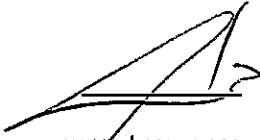
ט. סעדים

126. ביהמ"ש הנכבד מתבקש כמפורט להלן:
- א. לקבוע כי דמי הביטוח נגבו שלא כדין.
 - ב. להורות למוסד לקבוע בעבור כל אחד מיחיד הקבוצה המיוצגת, לפי מיטב השפיטה, את שיעור השכר הנוסף אשר היווה בסיס לתשלום דמי ביטוח בעדם במסגרת ביקורות ניכויים ו/או על בסיס ביקורת ניכויים (להלן: **בסיס ההכנסה הנוסף**).
 - ג. להורות למוסד להשיב לכל יחיד הקבוצה המיוצגת את דמי הביטוח עד גובה הפרשי הגמלה שלא שולמו, כך שחלקו של כל אחד מיחיד הקבוצה המיוצגת יהיה בהתאם לבסיס ההכנסה הנוסף שבגינו שולמו דמי ביטוח בעדו.
 - ד. מכוח סעיף 20 (ג) לחוק תובענות ייצוגיות, ליתן כל סעד אחר או נוסף לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, כפי שימצא ביהמ"ש הנכבד לנכון בנסיבות העניין.
 - ה. לפסוק לתובעת את גמולה וכן לקבוע את שכר הטרחה של ב"כ התובעת בעד הטיפול בתובענה הייצוגית בערכאה זו.
 - ו. ליתן הוראות נוספות בדבר הדיון בתובענה כפי שימצא לנכון ביהמ"ש הנכבד.

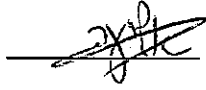
י. סוף דבר

127. אשר כל כן מתבקש ביהמ"ש הנכבד להורות על הסעדים המבוקשים לעיל.

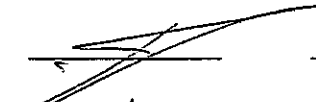
128. יתירה מכך מתבקש ביהמ"ש הנכבד ליתן את שאר הסעדים כמפורט בבקשה לאישור התובענה כייצוגית ולפסוק לתובעת ולב"כ את גמולם ולחייב את הנתבע בהוצאות המשפט, לרבות שכ"ט עו"ד בצרוף מע"מ כדין.



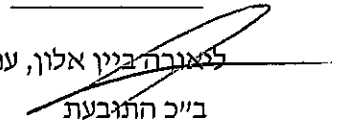
יפית מנגל, עו"ד
ב"כ התובעת



אליעד אברהם, עו"ד
ב"כ התובעת



חגי טל, עו"ד
ב"כ התובעת



ליאורה ביין אלון, עו"ד
ב"כ התובעת