



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3957/21

לפני : כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותרת : ישראיר תעופה ותיירות בע"מ

נ ג ד

המשיב : משרד הבריאות

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה למתן צו ביניים

תאריך הישיבה : כ"ח בתמוז התשפ"א (08.07.2021)

בשם העותרת : עו"ד רועי בלכר, עו"ד גיא זאבי
בשם המשיב : אין התייצבות

פסק-דין

השופט י' עמית:

העתירה שלפנינו מופנית נגד הנחיית משרד הבריאות מיום 27.5.2021, שעניינה השתת עלויות בדיקות הקורונה הנערכות בכניסה לישראל על ציבור הנוסעים, תוך הפסקת מימון הבדיקות על ידי המדינה (להלן: הנחיית משרד הבריאות או ההנחיה).

1. החל מחודש פברואר 2021, כל הנכנס לישראל חויב לעבור בדיקה לאיתור נגיף הקורונה (להלן: בדיקת קורונה), זאת בהתאם לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף קורונה החדש (הוראת שעה) (חובת ביצוע בדיקה בכניסה לישראל), התשפ"א-2021 (להלן: התקנות). בנמל התעופה בן גוריון, בדיקות הקורונה נערכות על ידי חברה פרטית, שזכתה במכרז של רשות שדות התעופה. תחילה לא נדרשו הנוסעים לשאת בעלויות עבור בדיקות הקורונה, עד לפרסום הנחיית משרד הבריאות, כי החל מיום 1.6.2021 יחויבו הנכנסים לישראל בתשלום סך של 80 ₪ או 100 ₪ לבדיקה, כתלות ברישום מראש.

2. העותרת, חברת תעופה ותיירות פרטית, טענה כי התשלום עבור בדיקות הקורונה מהווה "תשלום חובה" בהתאם לסעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה, ולכן עליו להיקבע בחוק. לשיטתה, משנקבע בהנחיית משרד הבריאות, הרי שזו הוצאה בחוסר סמכות ודינה

בטלות. בנוסף טענה העותרת, כי משך הזמן הניתן להיערכות ליישום ההנחיה אינו סביר. בעתירה נתבקש, בין היתר, כי בית משפט זה יוציא צו על תנאי, המורה למשיב ליתן טעם מדוע לא תבטל ההנחיה.

3. בתגובת משרד הבריאות לעתירה נטען כי דינה להידחות על הסף, בהיעדר זכות עמידה לעותרת, שלא הוכיחה כי נפגעה מההנחיה. כן נטען כי דין העתירה להידחות לגופה, שכן התשלום עבור בדיקות הקורונה אינו בבחינת "תשלום חובה" כהגדרתו בחוק יסוד: משק המדינה, אלא מדובר ב"מחיר" ולכן לא נדרשת הסמכה בחוק. לבסוף הוער כי יש להתחשב בצורך בפעולה מהירה של הרשות, לנוכח העלויות הגבוהות הנלוות למימון מערך בדיקות הקורונה על ידי המדינה.

4. ביום 8.7.2021 התקיים דיון בעתירה. בהמשך, בהוראת בית המשפט, הגיש משרד הבריאות הודעה משלימה, שבה פירט את העלויות של חלק מן הרכיבים בתשלום עבור בדיקת הקורונה. משרד הבריאות ביקש להגיש לבית משפט זה את פירוט עלויות יתר הרכיבים במעטפה סגורה, לעיונו של בית המשפט בלבד, בטענה כי מדובר בסוד מסחרי, אשר חשיפתו עשויה לפגוע בהליך מכרז עתידי לבחירת חברה שתספק את שירותי בדיקות הקורונה בנמל התעופה בן גוריון.

5. העותרת הגישה תגובתה להודעה המשלימה מטעם משרד הבריאות, שבה התנגדה לבקשתו להגיש את פירוט עלויות הבדיקה לעיון בית המשפט בלבד, וטענה, בין היתר, כי לא ברור מדוע עלויות אלה מהוות סוד מסחרי. בנוסף, העותרת טענה כי חלק מרכיבי עלות בדיקות הקורונה חופפות לשירותים שאותם חייבת רשות שדות התעופה לספק על פי דין.

דיון והכרעה

6. סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה מורה כדלהלן:

מסים, מילואות חובה ואגרות
1. (א) מסים, מילואות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו; הוא הדין לגבי אגרות.

7. השאלה הניצבת לפתחנו היא אם התשלום עבור בדיקות הקורונה מהווה "תשלום חובה", באופן המחייב את קביעתו בחוק, כהוראת סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה, או שמדובר ב"מחיר", אותו ניתן לקבוע בהנחיה. ההבחנה בין סוגי תשלומים שונים, הגם שנידונה לא אחת בפסיקה, עשויה להיות מורכבת. ככלל, מט הינו תשלום המוטל על דרך כפייה על הפרט, ללא תמורה ישירה למשלם. אגרה היא תשלום חובה בעד שירות הניתן על ידי רשות ציבורית. בשונה ממס, יש קשר סיבתי בין תשלום האגרה לבין השירות, אבל שיעורה אינו תלוי בערך התמורה, ועשוי להיקבע, למשל, על יסוד שיקולי מדיניות. מחיר הינו תשלום המשתלם מרצון, כתמורה ישירה, מיידית ושווה ערך, עבור שירות או מוצר מסוים (בג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, בפסקה מט (13.11.2014) (להלן: עניין רשות המים והביוב); ע"מ 980/08 מנירב נ' מדינת ישראל, בפסקה 15 (6.9.2011) (להלן: עניין מנירב)). להלן ייבחנו שני מאפיינים אלה של המחיר לפי סדרם.

8. רצון חופשי: תחילה יש לשאול, אם בהינתן שהנכנסים לארץ מחויבים לעבור בדיקת קורונה, ניתן לראות בתשלום עבור הבדיקה ככזה המשולם מרצונם החופשי. מצאתי לקבל את עמדת המשיב, כי בדומה לחובות רבות שקובעת המדינה, אין בעצם העובדה כי החובה לעבור בדיקת קורונה כרוכה בתשלום לצד שלישי, כדי להצביע כי מדובר ב"תשלום חובה", כהגדרתו בחוק יסוד: משק המדינה. כדוגמה ניתן להזכיר שתי חובות שנקבעו בהקשר של התמודדות עם נגיף הקורונה: חובת עטיית מסיכה, הכרוכה בתשלום עבור רכישת מסיכה; והחובה שלא להגיע בתחבורה ציבורית לבדיקת קורונה למעט במונית, הכרוכה בתשלום עבור נסיעה במונית. ודאי, כי אלה אינם "תשלומי חובה".

מעבר לחובה לעבור בדיקת קורונה בכניסה לישראל, נדרשים הנכנסים לארץ לרכוש את השירות מחברה יחידה, ללא אפשרות בחירה בין ספקים שונים. לכאורה, בעובדה זו יש כדי להביא למסקנה לפיה מדובר בתשלום חובה (עניין מנירב, בפסקה 15). אולם, בפסיקתו של בית משפט זה נקבע שכאשר התשלום המבוקש שווה ערך לשווי התמורה, כלומר שווי השוק של השירות, ניתן לראותו כמחיר גם אם ניתן באופן מונופוליסטי. זאת, שכן העובדה שהשירות ניתן בתמורה לערכו הכלכלי, צובעת אותו ב"גוון וולונטרי" (שם; עניין רשות המים והביוב, בפסקאות נו-נז). בענייננו, בתגובת המשיב נטען כי המחיר הנגבה עבור הבדיקה הוא המחיר הכלכלי הריאלי, בין היתר, שכן רוב רכיביו נקבעו בהליך תחרותי בין מספר ספקים פוטנציאליים. לנוכח האמור, מצאתי

לקבל את הטענה כי התשלום עבור בדיקות הקורונה דומה או קרוב לזה שהיה נגבה בשוק החופשי, כך שמתקיים יסוד הרצון החופשי.

בעניין מנידב, נזכרו רציונלים שונים להבחנה בין תשלומי חובה ומחירים. האחד, הינו היכולת לפקח על המחיר שנקבע על ידי הרשות. בשירות שאין לו מקבילה בשוק החופשי, הקושי לפקח על מחירו או האפשרות כי המחיר נקבע באופן שרירותי או בהתאם לשיקולי מדיניות, מצדיקים את התערבותו של המחוקק. אך כאשר רשות מתמחרת שירות שיש לו מקבילה בשוק החופשי, הפיקוח הנדרש מצומצם יותר, שכן כוחות השוק מהווים גורם מפקח כשלעצמם (שם, בפסקה 17). בענייננו, השירות של ביצוע בדיקות הקורונה קיים גם בשוק החופשי, כך שניתן לבחון את סבירות גובה המחיר המבוקש בנמל התעופה בן גוריון בקלות, ולא נדרש פיקוח בהליך חקיקה.

הרציונל השני, הינו הצורך בפעולה יעילה של הרשות הציבורית. בתגובת משרד הבריאות לעתירה, עלה הצורך בקביעת התשלום עבור בדיקות הקורונה במהירות, לנוכח העלויות הגבוהות הכרוכות במימון של הבדיקות על ידי המדינה. רציונל זה גם הוא מושך לסיווג התשלום עבור בדיקות הקורונה כמחיר, באופן שיאפשר פעולה יעילה ומהירה ואף יאפשר להתאים את המחיר לשינוי בתנאי ההתקשרות ללא הליך חקיקה (שם, בפסקה 17).

9. תמורה: לצורך סיווג תשלום כ"מחיר" נדרש כי התמורה המשתלמת עבורו תהיה מיידית וישירה, וכי תהיה שוות ערך לשירות (עניין רשות המים והביוב, בפסקאות נ-נא). התשלום עבור בדיקות הקורונה ניתן בעד תמורה מיידית וישירה במובהק, ומכאן שנותרנו עם שאלת שוויו הכלכלי של השירות. כזכור, המשיב טען שהתמורה בעד בדיקות הקורונה היא שוות ערך, מבחינת השווי הכלכלי הריאלי, לערך השירות, לנוכח העובדה שעלות הבדיקה נקבעה לאחר הליך תחרותי בין חברות שונות. בהודעה המשלימה מטעם המשיב פורטו עלויות חלק מרכיבי התשלום עבור בדיקות קורונה, המסתכמים לסך של כ-32 ₪ עבור בדיקת נוסע שנרשם מראש, וכ-52 ₪ עבור בדיקת נוסע שלא נרשם מראש. אם כן, נותר סך של כ-48 ₪, שנועד לכיסוי העלויות שלא פורטו בהודעת המשיב (עלות בלתי צפויה לספק, עלות סליקה, עלות מעבדה ועלות סדרנות ובקרת יציאה במתחם הבדיקות), ורווח סביר לחברה האחראית על הבדיקות. העותרת התנגדה לבקשת המשיב, להגיש לבית משפט זה את פירוט עלויות רכיבי הבדיקה במעטפה סגורה. לנוכח זאת, עומדת למשיב חזקת התקינות המנהלית, שבמסגרתה

המעשה המינהלי של הרשות מוחזק כתקין, אלא אם הוכח אחרת (ראו, למשל, בג"ץ 745/21 פלוני נ' משרד המשפטים - הלשכה לסיוע משפטי, בפסקה 4 (21.2.2021)), כך שנראה את התמורה כשוות ערך לשירות בדיקת הקורונה (ושוב יוער, כי מתגובתו של המשיב נראה כי ממילא, עלות עריכת בדיקת קורונה לנכנסים לארץ דומה לגובה התשלום המבוקש).

לנוכח האמור באתי למסקנה שהתשלום עבור בדיקות הקורונה בנמל התעופה בן גוריון הוא בבחינת מחיר, ואינו מהווה תשלום חובה מסוג שהוא.

10. כזכור, העותרת טענה בנוסף, כי חלק מרכיבי התשלום הנגבה מהנוסעים הנכנסים לארץ, חופפים לשירותים שאותם חייבת רשות שדות התעופה לספק על פי דין. בטענה זו כיוונה העותרת לעלות דמי ההרשאה לרשות שדות התעופה, ולעלות סדרנות ובקרת יציאה (פיקוח) במתחם הבדיקות. לשיטתה, רכיבים אלה נכללים ממילא באגרת שירותי נוסע נכנס, שנקבעה בתקנה 10 לתקנות רשות שדות התעופה (אגרות), התשנ"א-1991 (להלן: תקנות הרשות), וזו לשונה: "בעל כלי טיס ישלם אגרת שירותי נוסע נכנס בשקלים חדשים בעד כל נוסע הבא באותו כלי טיס לישראל [...]". משכך, נטען כי רשות שדות התעופה מקבלת תשלום כפול בגין אותו השירות, הן במסגרת אגרת שירותי נוסע נכנס, הן במסגרת התשלום עבור בדיקות הקורונה.

דין הטענה להידחות. לטעמי, העותרת לא הראתה כי אכן מדובר בתשלום כפול, ויש מקום להבחין בין האגרה המשולמת בגין הבאת נוסע לישראל על פי תקנות הרשות, לבין התשלום המתקבל עבור הפעלת מערך בדיקות הקורונה.

זאת ועוד. בתשובתה להודעת המשיב, העותרת הפנתה לסעיף 29(א) לחוק רשות שדות התעופה, התשל"ז-1977 (להלן: חוק הרשות), שכותרתו "תעריפי אגרות". סעיף זה מורה, כי רשות שדות התעופה רשאית להציע לשר התחבורה תקנות בדבר תעריפי אגרות, שישתלמו לה, בין היתר, בעד השימוש בשדות התעופה של הרשות ובמתקנים שבהם, וכן בעד שירותים הניתנים בשדות התעופה של הרשות. לשיטת העותרת, מסעיף זה עולה, כי נדרשת הסמכה בתקנות כדי לגבות תשלום עבור דמי הרשאה לרשות שדות התעופה ועבור עלות סדרנות ובקרת יציאה (פיקוח) במתחם הבדיקות. אולם, כפי שניתן ללמוד מכותרתו, עניינו של סעיף 29(א) לחוק הרשות הינו אגרות. אם כן, לנוכח המסקנה כי התשלום עבור בדיקות הקורונה הוא בבחינת מחיר, סעיף זה אינו חל בענייננו.

11. לפני סיום, ומשהובאה לפני הערתו של חברי, השופט נ' סולברג, בעניין זכות העמידה, אציין כי לטעמי לעותרת זכות עמידה "קלאסית", באשר עתירתה מכוונת למנוע חסרון כיס מלקוחותיה-שלה. אני מצטרף אפוא להערתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז בנושא זה.

12. סוף דבר, שהעתירה נדחית. לנוכח התוצאה אליה הגעתי, העותרת תישא בהוצאות המשיב בסך של 15,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים עם מסקנת חברי, השופט י' עמית, על סמך נימוקיו.

כשלעצמי, מספקני אם יש לה, לעותרת, זכות עמידה לבוא לפנינו בעתירה זו. חוששני כי העותרת מתעברת על ריב לא לה. העותרת היא חברת תעופה פרטית ומסחרית, ובעתירתה היא טוענת כי הנחיית משרד הבריאות מיום 27.5.2021 המטילה תשלום חובה בגין ביצוע בדיקת קורונה PCR לנוסעים הנכנסים ארצה בנמל התעופה בן-גוריון – "צפויה לגרום נזק חמור לישראיר בשל התמריץ השלילי המשמעותי המוטל על טיסות לחו"ל אשר צפוי להוביל לפגיעה בעסקיה של ישראיר" (סעיף 15 לעתירה).

צודק משרד הבריאות בתשובתו, על כך שטענת העותרת נטענה בעלמא, מבלי להביא בדל ראיה לנזק קונקרטי שנגרם לה, ומבלעדי הוכחה לפגיעה בזכות כלשהי העומדת לה, לעותרת; ואם התימרה העותרת להוכיח פגיעה בזכות כלשהי של מי מן הציבור הרחב, ככל שהיא מתימרת לייצגו – גם בכך לא עמדה.

על כל פנים, גם לגופו של עניין, כמוסבר היטב על-ידי חברי, דינה של העתירה – לדחייה.

ש ו פ ט

אף אני מסכימה עם חברי השופט י' עמית כי דין העתירה להידחות.

כפי שהוסבר, ההנחה הגורפת שעמדה ביסוד העתירה לפיה כביכול כל עלות של פעולה הנדרשת כדי לעמוד בדרישות החוק היא בגדר "מס" אינה יכולה לעמוד. תשלום עבור צילום הנדרש לצורך הפקת דרכון אינה מס, וכך גם לא רכישת קסדה לצורך רכיבה על אופנוע או אופניים. ועוד היד נטויה. בהיעדר אינדיקציה ברורה למחיר החורג מתנאי השוק המסקנה מתחזקת. אכן, המשיבים לא חשפו את כל תחשיביהם, אך כפי שציין חברי, לא עלה בידי העותרת לסדוק את חזקת התקינות המינהלית, אשר במקרה זה מתחזקת לנוכח היקפו הסטנדרטי של התשלום.

לקראת סיום אוסיף, כי כשלעצמי, אינני סבורה שהמקרה שבפנינו מעורר קושי מהיבטה של זכות העמידה, בהתחשב בכך שאף לפי המתכונת "המסורתית" שלהם די בקיומו של אינטרס כלכלי מסוים על מנת לבסס אותה (לגישתי, ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 232-238 (2017)). לצד זאת, אני שותפה לתחושה כי מלכתחילה העתירה התמקדה בנושא שניתן לראות בו שולי למדי בעיצומם של ימים אלה של התמודדות עם מגיפת הקורונה – תשלום סביר בהיקפו שנועד לשמור על אינטרס ציבורי חשוב.

מכל מקום, לגוף הדברים, דין העתירה להידחות, ודי לי בכך.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ל' באב התשפ"א (8.8.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט