

בבית המשפט העליון

רע"א 2616/03

רע"א 2643/03

רע"א 2654/03

רע"א 2667/03

רע"א 2682/03

ע"א 3105/03

בפני:

כבוד המשנה לנשיא(בדימ') א' מצא
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופטת מ' נאור

המבקשת ברע"א 2616/03 :

ישראלכרט בע"מ

נ ג ד

המשיבים ברע"א 2616/03 :

1. הווארד רייס
2. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ
3. דיינרס קלוב ישראל בע"מ
4. פועלים אמריקן אקספרס בע"מ
5. בנק לאומי לישראל בע"מ
6. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
7. בנק הפועלים בע"מ

המבקשת ברע"א 2643/03 :

פועלים אמריקן אקספרס בע"מ

נ ג ד

המשיבים ברע"א 2643/03 :

1. הווארד רייס
2. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ
3. דיינרס קלוב ישראל בע"מ
4. ישראלכרט בע"מ
5. בנק לאומי לישראל בע"מ
6. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
7. בנק הפועלים בע"מ

המבקש ברע"א 2654/03 :

בנק לאומי לישראל בע"מ

נ ג ד

המשיבים ברע"א 2654/03 :

1. הווארד רייס
2. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ
3. דיינרס קלוב ישראל בע"מ
4. ישראלכרט בע"מ
5. פועלים אמריקן אקספרס בע"מ
6. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
7. בנק הפועלים בע"מ

המבקשות ברע"א 2667/03 :
1. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ
2. דינרס קלוב ישראל בע"מ

נגד

המשיבים ברע"א 2667/03 :
1. הווארד רייס
2. ישראלכרט בע"מ
3. פועלים אמריקן אקספרס בע"מ
4. בנק לאומי לישראל בע"מ
5. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
6. בנק הפועלים בע"מ

המבקש ברע"א 2682/03 :
בנק דיסקונט לישראל בע"מ

נגד

המשיבים ברע"א 2682/03 :
1. הווארד רייס
2. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ
3. דינרס קלוב ישראל בע"מ
4. ישראלכרט בע"מ
5. פועלים אמריקן אקספרס בע"מ
6. בנק לאומי לישראל בע"מ
7. בנק הפועלים בע"מ

המערער ברע"א 3105/03 :
הווארד רייס

נגד

המשיבים ברע"א 3105/03 :
1. בנק לאומי לישראל בע"מ
2. בנק דיסקונט לישראל בע"מ
3. בנק הפועלים בע"מ
4. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ
5. דינרס קלוב ישראל בע"מ
6. ישראלכרט בע"מ
7. פועלים אמריקן אקספרס בע"מ

ערעורים על החלטת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 29.1.2003 ב-ת"א 2588/98
שניתנה על-ידי כבוד סגן הנשיא ד"ר ג' קלינג

תאריכי הישיבה :
כ"א באייר תשס"ד (12.5.2004) ;
כ"ט באייר תשס"ד (20.5.2004)

בשם המערערת
ברע"א 2616/03 :
עו"ד צ' אגמון, עו"ד י' הירש ועו"ד ז' מאיר

בשם המשיב 1
ברע"א 2616/03 :
עו"ד ר' רוטמן ועו"ד ט' רוטמן

בשם המשיבות 2 ו-3
ברע"א 2616/03 :
עו"ד י' לוי, עו"ד א' מימון ועו"ד ע' לוי

בשם המשיבה 4
ברע"א 2616/03 :
עו"ד י' שילה

בשם המשיב 5 ברע"א 2616/03:	עו"ד י' אלחנני, עו"ד ד' קדם ועו"ד א' בר
בשם המשיב 6 ברע"א 2616/03:	עו"ד נ' כהן ועו"ד י' הס
בשם המשיב 7 ברע"א 2616/03:	עו"ד פ' רובין ועו"ד מ' צברי

פסק – דין

השופטת מ' נאור:

1. תובענה ייצוגית שתכליתה להחזיר לבתי עסק, הנמנים על "הקבוצה", חלק מהעמלות ששילמו בגין שימוש של לקוחותיהם בכרטיסי אשראי. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד סגן הנשיא ד"ר ג' קלינג) התיר למערער ב-ע"א 3105/03, הוארד רייס, להגיש תובענה ייצוגית נגד 4 חברות המנפיקות כרטיסי אשראי: חברת כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (להלן: כ.א.ל), חברת דיינרס קלוב ישראל בע"מ (להלן: דיינרס) (שתיהן בבעלות משותפת של בנק לאומי לישראל בע"מ ובנק דיסקונט לישראל בע"מ), חברת ישראלכרט בע"מ וחברת פועלים אמריקן אקספרס בע"מ (שתיהן בבעלות בנק הפועלים) זאת בגין ניצול מעמד של מונופול לרעה לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק). כן התיר בית המשפט הגשת תובענה ייצוגית נגד בנק לאומי ובנק דיסקונט בגין הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק. הבקשה להגשת תובענה ייצוגית נגד בנק הפועלים – נדחתה. חברות כרטיסי האשראי והבנקים מבקשים לערער לפנינו על ההיתר שניתן. הוסכם כי בקשות רשות הערעור תידונה כערעורים, שהוגשו לאחר קבלת רשות. רייס הגיש ערעור על אותם חלקים מבקשתו שלא אושרו.
2. רייס הוא רוקח ובעל בית מרקחת. הוא כיהן משנת 1994 כיושב ראש הסתדרות הרוקחים בישראל. וכך תוארה התביעה, בתמצית, בהחלטת בית המשפט המחוזי:

"התביעה שהגיש המבקש, ואשר הוא מבקש להכיר בה כתובענה ייצוגית, היא לפיצוי על נזק שנגרם עקב ניצול מעמד המשיבים לרעה בהתאם לסעיף 29א' לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, קיומו של הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים (מכוונת [לבנק לאומי ולבנק דיסקונט]) וכן ניצול מצוקת לקוחות על פי סעיף 4 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשל"א-1971. לטענת המבקש נזקו הוא כהפרש שבו עמלה ששילם למשיבים עולה על 2%.

הבקשה היא לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית בשם כל בתי העסק ששילמו למשיבים עמלת סליקה בשיעור העולה על 2% בתקופה שמיום 10.5.96 (מועד תחילתו של חוק תובענות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), תשנ"ו-1996 ועד ליום 18.8.98 (מועד הגשת התובענה). המבקש מעריך את

הנזק שנגרם לבתי העסק שבקבוצה שאותה הוא מבקש
לייצג ביותר ממיליארד ₪.

3. אקדים מסקנתי לניתוח, לנוחותו של הקורא: אציע לחברי לקבל את בקשות רשות הערעור של חברות האשראי והבנקים. אציע להם לקבוע כי הבקשה וכתב התביעה המתוקן שהגיש רייס, כפי שהם, אינם מצביעים לכאורה על סיכויי הצלחה טובים של הקבוצה, ועל כן אין ולא היתה הצדקה למתן היתר להגשת תובענה ייצוגית. את ערעורו של רייס - אציע לחברי לדחות.

4. הבקשה להגשת תובענה ייצוגית עוסקת בעמלות הסליקה ששילמו בתי עסק במציאות שעברה מאז שינויים רבים. ההליך בפני הערכאה הראשונה היה הליך מסובך ומורכב. הבקשה וכתב התביעה תוקנו במהלך הדיון; רייס נחקר באריכות רבה על תצהירו בידי באי-כוח המשיבים השונים, ומומחים שונים של הצדדים נחקרו בהרחבה על חוות דעתם. בפרוטוקול הדיון למעלה מ-1,300 עמודים, והתקיימו ישיבות רבות. בית המשפט האריך בשמיעת טענות וראיות. יתכן והדבר נבע מכך שרייס ראה לטוב מלפניו להגיש תביעתו לא רק נגד חברות האשראי, שגבו את עמלת הסליקה, שאת השבתה (החלקית) הוא מבקש, אלא גם נגד הבנקים, שהם, לטענתו "מעוולים במשותף" יחד עם חברות האשראי. בכך יצר רייס תביעת-ענק רבת משתתפים ואפשרויות בלתי נדלות לכל אחד מבאי-כוחם של הנתבעים לפתוח בחקירות עצמאיות משלו. עו"ד רוטמן, בא כוחו של רייס, הסביר בדיון את "הצורך" בצרוף הבנקים בכך שניתן יהיה לקבל מהם אינפורמציה, בשלב השני של הדיון (לאחר אישור הגשת תובענה ייצוגית) רק אם יהיו בעלי דין; וכן בכך שאם לא יהיו הבנקים בעלי דין, תוכלנה חברות האשראי לגלגל לפתחם של הבנקים את כל האשם. איני משוכנעת שטעמים אלה אכן הצדיקו יצירת תביעת-ענק כזו, שהדיון בה התמשך. מעבר לכך, עיינתי בפרוטוקול הדיון. הטענות והחקירות של המשיבות אכן התארכו, לטעמי, במידה רבה מעבר לנדרש. להערכתי, הדבר נבע במידה לא מעטה מכך שהמשיבות (פרט לאמריקן אקספרס) שנמנעו מלהגיש תצהירים, וטעמיהם הטקטיים בודאי עמם, ניסו להציל מפי רייס, והמומחה מטעמו, עובדות שניתן היה להביאן בדרך אחרת. לכך אציע לחברי לתת, בסופו של יום, ביטוי בשאלת ההוצאות.

5. סעיף 46ב לחוק מונה את התנאים לאישור הגשת תובענה ייצוגית:

"אישור בית המשפט
46ב. הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט או בית הדין, לפי הענין (בפרק זה – בית המשפט), והוא לא יאשרה אלא אם כן שוכנע שנתקיימו התנאים האלה:
(1) גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית;
(2) קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה;
(3) הגשת התובענה הייצוגית היא דרך עדיפה על הגשת תביעות אישיות, מוצדקת והוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
(4) קיים יסוד סביר להניח כי התובע מייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה."

6. אף שההליך התאפיין באריכות יתרה, לא ניתן, לצערי, לומר על החלטת בית המשפט המחוזי, כי הכריעה הכרעה לכאורית, כנדרש בתובענה ייצוגית, בשאלות המשפטיות המתעוררות או בשאלות שבעובדה. עניין זה לא הקל על מלאכתנו, כערכאת ערעור, ואף לא על הצדדים. חברות האשראי (למעט אמריקן אקספרס) והבנקים לא הגישו כאמור תצהירים, ועל כן, כך טענתו של רייס, בכל מקום שאין ממצא עובדתי בהחלטת בית המשפט המחוזי יש לקבוע בערכאה זו, ממצא כפי טענותיו שלו. אראה להלן כי בשאלה המרכזית המתעוררת – השאלה אם נקבע מחיר "לא הוגן" – דרך הצגת הדברים על ידי רייס והעובדות המובאות על ידו, אינן מעלות סיכוי סביר להכרעה לטובת "הקבוצה" כנדרש בסעיף 46ב(2). בסופו של יום וכפי שיפורט, שאלות רבות שמעוררים הצדדים להליך אינן מתעוררות, ונוכל להשאירן לעת מצוא.

פעילות אלפא קארד – הרקע להגשת התובענה הייצוגית

7. הבקשה המקורית לאישור התובענה הייצוגית הוגשה בחודש אוגוסט 1998, כחודש לאחר שבשוק כרטיסי האשראי החל לפעול "שחקן" חדש, חברת אלפא קארד. אלפא קארד היא חברה פרטית בבעלות הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ וחברת עורק השקעות בע"מ. חברת אלפא קארד קיבלה מאת חברת ויזה הבינלאומית זיכיון להנפיק כרטיסי אשראי "ויזה" וליתן שרותי סליקה לבתי עסק בישראל. באותה עת פעלה בישראל מטעם ויזה הבינלאומית רק חברת כ.א.ל שהיתה, כאמור, בבעלות משותפת של בנק לאומי ובנק דיסקונט. תחילת פעולתה של אלפא קארד הינה אבן פינה במבנה התובענה הייצוגית שלפנינו לגבי עמלות הסליקה ששילמו בתי העסק. בעקבותיה, כך נטען, החלה בין חברות האשראי תחרות בענין שיעורי העמלות, אשר הורדו באופן דרסטי, ולעיתים אף הוחזרו עמלות על ידי כ.א.ל באופן רטרואקטיבי. התובענה הוגשה על ידי רייס בשמם של כל בתי העסק שכיבדו כרטיסי אשראי ואשר במהלך כל התקופה הרלבנטית שלמו לנתבעים או מי מהם עמלות סליקה בשיעור העולה על 2%. 2% הוא שיעור עמלת הסליקה שגבתה אלפא קארד זמן מה לאחר כניסתה לשוק. הנזק הנתבע הוא ההפרש בין סכום העמלות ששולמו בפועל על ידי כל חברי הקבוצה לבין שיעור של 2% מסכום העסקאות. בבקשה המתוקנת לאישור תובענה ייצוגית נכתב:

"337. יודגש כי אין להסיק מהאמור לעיל כי עמלת בית עסק בשיעור של 2% היתה בתקופה הרלבנטית תמורה ראויה, סבירה או הוגנת לשירותי הסליקה שניתנו לחברי הקבוצה, אלא שזו התמורה המירבית והמקסימלית אשר בנסיבות מסויימות עשויה היתה להחשב סבירה, עבור חלק מבתי העסק האמורים, ותו לו."

8. העמלה של 2% מסכום העסקה כתמורה מקסימאלית, סבירה או הוגנת היתה אפוא יסוד לטענותיו של רייס בבקשה לאישור הגשת תובענה ייצוגית. בדיון שלפנינו, וכפי שנראה, ניסה רייס למעט מחשיבותו של נתון זה.

בקשות רשות הערעור

העילה המרכזית – ניצול לרעה של מונופולין – סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים

9. הטענה המרכזית של רייס היתה כי המשיבים כולם הם בעלי מונופולין בשוק הסליקה וכי הם נצלו לרעה את מעמדם זה. טענה זו נסמכת על סעיף 29א לחוק. וכך מורה הסעיף:

”ניצול מעמד לרעה 29א. (א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. (ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:

(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין;

(2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת;

(3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם;

(4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

הוראות סעיף קטן זה באות להוסיף על הוראות סעיף קטן (א).”

10. הערכאה הראשונה התייחסה בפירוט יחסי לשאלה אם חברות כרטיסי האשראי הנם בעלי מונופולין, ובהקשר זה לשאלה מהו ”השוק” הרלבנטי. הערכאה הראשונה קבעה לענין זה, על פי מה שתואר לפניו, כי בתקופה הרלבנטית, היו כרטיסי האשראי של כל מותג ומותג מונפקים על ידי בנקים, כל בנק - והמותג אותו הנפיק. נקבע כי רייס הוכיח, לכאורה, כי ”השוק” הרלבנטי הוא השוק המותגי. איני רואה צורך לעמוד בהרחבה על טענותיהם של הצדדים בנושא זה. אניח לצורך הענין כי הערכאה הראשונה צדקה בקביעתה כי כל אחת מחברות האשראי אכן היתה בתקופה הרלבנטית מונופולין לגבי המותג ששווקה.

מונופולין והוגנות המחיר

11. לשאלה שהיא, לדעתי, השאלה המרכזית בהליך שלפנינו, השאלה אם ניצל המונופולין את מעמדו לרעה כאמור בסעיף 29א שצוטט לעיל, הקדישה הערכאה הראשונה שורות ספורות, וכך נקבע בסעיף 19 להחלטה, תחת הכותרת ”הוגנות המחיר”:

”19. על מנת להצליח בתביעה על פי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, על התובע להוכיח כי בעל המונופולין ניצל מעמדו לרעה תוך שקבע לשירותיו מחיר שאינו הוגן. בשלב זה אין המבקש נדרש ליותר מאשר הוכחה לכאורית. המבקש הרים נטל זה בהצביעו על כך שלאחר התקופה הרלבנטית לתביעה, הורדו העמלות. יתר על כן, מוסכם על בעלי הדין כי מחוץ לישראל העמלות נמוכות

מאלה שנגבו כאן. אין באלה ראייה כי אכן העמלות שנגבו בזמנו לא היו הוגנות, אולם ראייה לכאורה יש כאן.

12. צר לי, אך בשאלת הוגנות המחיר שהיא העניין המרכזי בתביעה לא עמד, לדעתי, בית המשפט בחובה "להיכנס לעובי הקורה", טרם יאשר הגשת תובענה ייצוגית (ראו והשוו: ע"א 6343/95, 372/96, 6387 אבנר נפט וגז בע"מ ואח' נ' אבן ואח', פ"ד נג (1) 115, 118 ב; ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח', פ"ד נא (2) 312, 328 ו). הטענה בדבר ניצול של מעמד בעל מונופולין לרעה היתה לב לבה של התובענה הייצוגית שהגשתה התבקשה: הטענה המרכזית היתה שהמחיר שנגבה על ידי חברות כרטיסי האשראי בתקופה הרלבנטית היה מחיר בלתי הוגן. לא היתה זו הטענה היחידה: רייס טען גם לעילה של הפליית מחירים בין בתי עסק שונים (סעיף 29א (ב)(3) לחוק). עילה זו מעוררת קשיים משום שרייס כרך בתביעה עסקים שונים שאין ביניהם שום תחרות כגון תחנות דלק ובתי מרקחת. נניח, כטענת רייס, שאסור למונופולין להפלות בין בתי מרקחת ותחנות דלק, ולגבות עמלות שונות מסוגי עסקים שונים. אין פירוש הדברים שההפליה גרמה לבתי המרקחת נזק, ואם גרמה – מהו שיעורו. בדיון לפנינו הסביר עו"ד רוטמן, בא כוחו של רייס, כי טענת הפליית המחירים היא לפיכך רק בגדר אינדקציה למחיר לא הוגן. חזרנו איפוא לשאלה המרכזית – האם הוכח לכאורה מחיר בלתי הוגן. היו טענות נוספות כגון הטענה שחלק מהמשיבות מנעו תקופה ארוכה מאלפא קארד להתחיל לפעול. אף בהנחה שיש במעשים אלה ניצול לרעה של מעמד המונופולין – לא היה לדבר כל "תרגום" כספי. השאלה המרכזית שהיתה טעונה הוכחה לכאורה היא שאלת אי-הוגנות המחיר של עמלת הסליקה. לטעמי, האמירה של בית המשפט ולפיה היתה ירידת מחירים, כשלעצמה רחוקה מלהיות, ולו לכאורה, ראייה שהמחיר הקודם, לפני הירידה, היה מחיר "בלתי הוגן". למעשה, לשיטת הערכאה הראשונה די בהוכחה לכאורה של קיום מונופול ושל ירידת מחירים כדי להוכיח שהמחיר הקודם לאותה ירידה היה בלתי הוגן וכך אין מנוס מלהכשיר הגשת תובענה ייצוגית. הדבר נראה בעיני מרחיק לכת ביותר. יכולות להיות סיבות שונות לירידת מחירים, וכפי שנראה בהמשך הדברים – המומחה מטעם רייס הסביר בחקירתו שהמחיר (הנמוך) שגבתה אלפא קארד הוא מחיר "חדירה" לשוק ולא מחיר של שווי משקל.

13. כמו כן, אין זה ברור די הצורך כיצד מגדיר בית המשפט את "הקבוצה" בגינה ניתן ההיתר. מחד – אין לכך התייחסות מפורשת בהחלטה. מאידך – בסעיף 30 להחלטה קובע בית המשפט כי הוא מאשר את הגשת התובענה הייצוגית כלפי חברות האשראי כמפורט בכתב התביעה המתוקן. כתב התביעה המתוקן מגדיר את "הקבוצה", כמי ששלמו עמלת סליקה של למעלה מ-2% בתקופה הרלבנטית. הנחתי היא אפוא כי הגדרת הקבוצה כאמור חלה על האישור שניתן. וכך התייחס רייס ל"קבוצה" גם בטיעונו לפנינו.

14. נחטא, לדעתי, למר רייס אם נחליט שלא לאשר את התובענה הייצוגית רק בשל כך שבית המשפט קימץ בדברים וציין כי ירידת המחירים הנה הוכחה לכאורה כנדרש. נכון יותר כלפי רייס לבחון אם היה מקום להתיר את הגשת התובענה הייצוגית על סמך הטענות שנטענו בבקשה להגשת תובענה ייצוגית ובכתב התביעה המתוקן. גם לאחר בחינה זו אציע לחברי לקבל את בקשות רשות הערעור של חברות כרטיסי האשראי, ולקבוע כי רייס לא הוכיח, במידת ההוכחה

הנדרשת לשם אישור הגשת תובענה ייצוגית, כי קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט תוכרענה לטובת הקבוצה.

ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי – סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים

15. סעיף 29א, יחסית חדש הוא עמנו, והוא טרם זכה לפרשנות בית משפט זה. סעיף 29א מאמץ שיטות פיקוח הקבועות באמנת רומא (ראו: דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, ה"ח 229)). ביום 8.1.2004 התקיים באוניברסיטת חיפה כנס שעניינו ניצול כוח מונופוליסטי לרעה. ד"ר מיכל גל נשאה הרצאה בכנס שכותרתה "גביית מחירים מונופוליסטיים – ניצול מעמד לרעה?" עותק של ההרצאה הוגש לנו בדיון; ניתן למצוא העתק מההרצאה גם באתר האינטרנט של ד"ר גל: <http://law.haifa.ac.il/faculty/eng/gal.htm>

ד"ר גל העלתה לדיון בהרצאתה שתי שאלות: האחת – האם מחירים שגובה מונופולין, גבוהים ככל שיהיו, בהכרח מהווים מחיר בלתי הוגן ואסור בהתאם לדיני ההגבלים העסקיים? השניה – גם אם התשובה לשאלה הראשונה חיובית היא – מהו קו הגבול בין מחיר "הוגן" לבין מחיר "בלתי הוגן" האסור על ידי החוק? השאלות הללו, כך מצביעה גל, לא זכו לפתרון למרות שכבר הוגשו מספר תביעות נזיקיות על בסיס סעיף 29א.

בענין השאלה אם מחיר גבוה שגובה מונופוליסט מהווה "מחיר בלתי הוגן" מצביעה גל על שתי אפשרויות לפירוש הסעיף: האפשרות הראשונה היא כי מחיר בלתי הוגן הוא רק מחיר נמוך שיאפשר למונופולין לפעול בצורה "טורפנית": בשלב הראשון קובע המונופולין מחיר מתחת לעלות שאינו מאפשר ליריבי המונופול לפעול באופן רווחי והם יוצאים מהשוק, ובשלב השני משתלט המונופולין על חלק גדול יותר מהשוק. התנהגות טורפנית כזו היא בודאי בגדר קביעת "מחיר בלתי הוגן". האפשרות השנייה לפירוש הסעיף היא לכלול בו, בנוסף למחירים נמוכים בלתי הוגנים, גם מחירים גבוהים בלתי הוגנים, המהווים ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי. הצעתה של ד"ר גל היא שהאיסור יפורש ככולל גם מחירים גבוהים. היא מונה כמה טעמים לדבר: המרכזי ביניהם הוא שסעיף 29א הועתק מאמנת רומא, שפורשה בעבר (כפי שנראה) כאוסרת גם על מחירים מונופוליסטיים גבוהים. אחד הטיעונים הנגדיים שמעלה גל הוא שאמנת רומא איננה מטילה אחריות פלילית על מי שמפר את הוראותיה בעוד בישראל, קיים איסור פלילי ובלבד שהוכחה כוונה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור (ראו סעיף 47(א)(4) וסעיף 30(ג) לחוק). במקום בו קיימת אחריות פלילית, יש מקום למשנה זהירות בהרחבת ההוראות, ובמיוחד במקום בו קשה לשרטט את גבולות האיסור. ד"ר גל מונה טענות אפשריות לכאן ולכאן בשאלה האמורה, ולא נאריך.

16. לצורך המשך דיונונו אצא מן ההנחה (שלערכאה הראשונה היתה, כנראה, מובנת מאליה) ולפיה סעיף 29א אכן אוסר גם על מחירים מונופוליסטיים גבוהים שאינם הוגנים. מכאן עולה השאלה השנייה והיא מהו אותו מחיר אשר גבייתו עולה כדי עבירה פלילית ומהווה בסיס אפשרי לתביעות נזיקין. שאלה זו, כך מסבירה גל, חיונית להחלת האיסור שכן היא תפריד בין פעולה

חוקית ושאינה חוקית, והיא חיונית לחישוב גובה הנזק בתביעות נזיקין שיגבו בהתאם להפרש בין המחיר שנדרש בפועל לבין המחיר ההוגן. אזכיר כאן, במאמר מוסגר, כי בתובענה הייצוגית נשוא הדיון שבפנינו, הנזק העומד על כמיליארד ש"ח למועד הגשת הבקשה חושב כך: ההפרש בין העמלה ששולמה בפועל לבין שיעור של 2% מסכום העסקה.

17. גל מפנה בהרצאתה בקצרה לדין האירופאי; היא עושה כן ביתר הרחבה במאמר שראה אור לאחרונה M. Gal, "Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the E.C.: Two systems of belief about Monopoly?", 49 Antitrust Bulletin 343 (2004). במאמר ובהרצאה עומדת גל בהרחבה על שתי גישות ביחס למונופולין - הגישה האמריקאית והגישה האירופאית. סעיף 29א הוא, כאמור, ביטוי לשיטה האירופאית. גל מצביעה על כמה עמדות העולות מהפסיקה האירופאית. בין המבחנים הנהוגים בפסיקה האירופאית ישנו מבחן הבדק את ההפרש בין עלויות היצור של המוכר למחיר המכירה. אם ההפרש (המהווה את הרווח של המונופולין) הוא מוגזם - המחיר הוא בלתי הוגן. מבחן זה שהוזכר בהערת אגב בפרשת יונייטד ברנדס 1 [1978], E.C.R. 207, (United Brands Co. v. Commission, [1978] C.M.L.R. 429 מחייב לאמוד את עלויות היצור של בעל המונופולין - משימה סבוכה כשלעצמה. מבחן נוסף הוא מבחן ההשוואה בין מחירים שגובה חברה אחרת עבור מוצר זהה או דומה בשוק אחר. מבחן זה אומץ בעניין האיחוד הצרפתי לזכויות יוצרים ביצירות מוזיקליות (SACEM) Ministere Public v. Tournier, [1989] E.C.R. 2521, [1991] 4 (C.M.L.R. 248, and Lucazeau v. SACEM, [1989] E.C.R. 281. בענין זה נקבע כי מקום בו השוואת מחירים מוכיחה כי מחירים במקום אחד גבוהים באופן משמעותי ממקום אחר ואין טעמים אובייקטיביים להפרשים, הדבר יכול לשמש כאינדיקציה לכך שנגבו מחירים בלתי הוגנים. גל עומדת על כך שגם מבחן זה מעורר בעיות לא פשוטות: לא תמיד יש אפשרות להשוות למוצר דומה, בשוק בו שוררים תנאים דומים. מכל מקום: שני המבחנים שזכרו (ואחרים) אינם מתווים קו ברור לענין "מחיר הוגן" או לענין גובה הנזק, שהרי נותרות השאלות מהו גובה הרווח ה"מותר" למונופולין? ומהו ההפרש בין מחירים של חברות דומות, מעליו נחשב המחיר ל"בלתי הוגן"?

גל מצביעה על כך שהקשיים בהגדרת המחיר ההוגן הובילו לכך שהרשות האירופאית מקדישה משאבים מינימאליים לאיסור. למעשה, הרשות האירופאית אינה נוהגת לפעול כמפקחת על מחירים. גל מציינת בהרצאתה כי רשות ההגבלים העסקיים בישראל הודיעה בהודעה לעיתונות כי היא איננה נוהגת להסדיר מחירים. עם זאת, השאלה מהו "מחיר הוגן" חשובה בתביעות נזיקין המוגשות מכוח סעיף 29א הנזכר.

לגל כמה הצעות למחוקק: האחת, לבטל את האיסור הפלילי על גביית מחיר מונופוליסטי; האחרת, אם המחוקק מעוניין להשאיר את האיסור בספר החוקים עליו לקבוע חקיקת משנה שתיתן אינדיקציה לגובה המחיר ההוגן. עוד מציעה היא לשקול מחדש את מנגנון הפיצוי לתובע ולהחליפו במנגנון המבוסס על אחוז מסוים, קבוע מראש, מכלל מחזור עסקיו של המונופולין. אלה הן הצעות למחוקק, אך עלינו להכריע על סמך הדין הקיים. הינחנו, כאמור, שגם

מחיר מונופוליסטי גבוה עשוי להיות מחיר לא הוגן ועתה נעבור לבחון את הבקשה והתביעה שלפנינו.

המחיר ההוגן והתובענה הייצוגית שלפנינו

18. כפי שהוזכר טען רייס בבקשתו להגשת תובענה ייצוגית כי כל עמלת בית עסק שמעל 2% היא עמלה בלתי הוגנת. כך בנויה התובענה הייצוגית. כך עלה, בעליל, מחקירתו של רייס. המספר 2% הוא שיעור עמלת הסליקה אותה גבתה אלפא קארד מרייס ואחרים. בטיעון שנטען לפנינו היתה "נסיגה" מהטיעון האמור. עו"ד רוטמן, בא כוחו של רייס, טען כי 2% הנו קו הגבול לגבי "הקבוצה", ואולם לצורך הוכחה לכאורה כנדרש בשלב זה די בכך שיוכח, שגבו מבתי העסק מחיר יותר גבוה ממה שצריך היה לגבות. צורת טיעון זו (כמו גם הנמקתו של בית המשפט המחוזי) אומרת, למעשה, כי די בהוכחת מחיר לא הוגן גבוה, מבלי להיכנס לשאלת שיעורו כדי להיכנס בשערי התובענה הייצוגית. השאלה מהו המחיר ההוגן וכיצד יש לחשב את הנזק תוכרע, לשיטה זו, רק בשלב השני - בתובענה הייצוגית עצמה. לפי הטענה - רק באותו שלב יהיה צורך להוכיח מהו המחיר ההוגן.

19. בחקירתו הנגדית הגדיר רייס עמלה שמעל 2% כעמלת "עושה" (עמודים 306-307 לפרוטוקול). רייס אישר בחקירתו כי ההוכחה ל"קייס" שלו היא מה שנגבה בעקבות כניסתה של אלפא קארד לשוק (עמודים 370-371 לפרוטוקול); עוד אישר בחקירתו כי אין לו ניתוח כלכלי של רווחיות, עלויות, סיכונים וכל כיוצא באלה בתחום כרטיסי האשראי, אך הטיח כי הנתונים בעניינים אלה נמצאים בידי המשיבים (עמודים 314-315). רייס אישר שהגיע לכלל מסקנה כי עמלה שמעל 2% היא עמלת עושה - אחרי שאלפא קארד נכנסה לשוק (עמוד 405 לפרוטוקול).

20. בצד הנתונים בדבר ירידת המחירים, בעקבות כניסתה של אלפא קארד לשוק, כולל חומר הראיות נתונים נוספים. בראש ובראשונה, הסתבר, כי נכון לעת שמיעת העדויות חברת אלפא קארד קרסה ולא היתה קיימת עוד. מעבר לכך: מפי המומחה מטעם רייס, פרופ' לב-הרי, ניתן ללמוד על מהות העמלה שגבתה אלפא קארד בתחילת פעולתה (הקצרה). לב-הרי הסביר כי המחיר הוא בגדר מחיר של נסיון חדירה (עמוד 895 לפרוטוקול), והורדת המחיר של כ.א.ל. בתגובה נבעה מרצון למנוע את החדירה, ולשמור על לקוחותיה ועל השוק שלה (עמוד 896 לפרוטוקול).

21. התביעה הוגשה, כזכור, חודש אחד לאחר כניסתה של אלפא קארד לשוק. גם פרופ' לב-הרי הסכים כי חודש הוא פרק זמן קצר מדי להסקת מסקנות, מפני שאין זה מחיר של "שווי משקל":

"ש. תסכים איתי אבל שחודש אחד,
ת. קצר מדי.

ש. קצר מדי, בטח בשוק כרטיס האשראי שאנחנו מדברים עליו.
 ת. נכון.
 ש. זאת אומרת שאם בחודש אוגוסט '98 הוגשה לביהמ"ש תביעה שנשענת, לתפיסתי, רובה ככולה על העובדה שהמחיר ירד כשנכנס שחקן חודש קודם. חודש אחרי שהשחקן נכנס אין לזה עדיין בסיס כי זה עדיין לא מחיר של שיווי משקל, זה לא מחיר יציב, אי אפשר ללמוד מזה כלום. נכון?
 ת. אני מסכים. ויש לנו דינמיקה באמת שהמחירים המשיכו לרדת, אתה צודק. המחירים לא נעצרו ב-2 אלא המשיכו לרדת לעוד יותר.
 ש. אבל יכלו אחר כך לעלות חזרה.
 ת. יכולים לעלות, אלא אם הממונה ישים את הרגל שלו. אתה צודק. בלי הממונה, אחרי שזה התייצב, בהחלט יכול להיות שהמחירים יעלו והם יחזרו, חלק מהכוח המונופוליסטי שהיה להם.
 ש. אתה תסכים איתי גם כשמדברים על שני שחקנים חזקים, או שלושה שחקנים חזקים, גם שנה או אפילו שנתיים בשוק מהסוג הזה, זה תקופה קצרה מדי והשוק עדיין – יתכן שכן, יתכן שלא, אנחנו עוד לא יודעים בעצם – הגיע לנקודת האיזון שלו. זה נכון?
 ת. יתכן."

22. אני סבורה שכאשר משקללים לא רק את העובדה שאכן היתה, כפי שציין בית המשפט המחוזי, ירידת מחירים, אחרי כניסתה של אלפא קארד, אלא גם את הנתונים האחרים: קריסתה של אלפא קארד והנתונים עליהם עמד בחקירתו המומחה של רייס – הסיכוי כי התובענה, כפי שהיא, תוכרע לטובת הקבוצה – איננו נראה סביר. לא ניתן, באופן סביר, לקבוע כי בתקופה הרלוונטית כל מחיר העולה על 2% היה "בלתי הוגן".

23. דומה שבעת שמיעת הבקשות והערעור שלפנינו נעשה על ידי רייס ובאי כוחו נסיון לסגת מן ההתייחסות ל-2% כאל המחיר, שכל מה שנגבה מעליו איננו הוגן. ולא בכדי: תהא אשר תהא הסיבה לכך הרי אותה חברת אלפא קארד, שעל העמלה שגבתה סמך רייס את עילתו, איננה קיימת עוד. בהליך שלפנינו טען רייס כי שיעור 2% אינו אלא דרך לקביעת "הקבוצה". אין זה המחיר ההוגן או מחיר שכל מה שמעליו איננו הוגן. לטענתו, בשלב הראשון – השלב המקדמי בו מאשר בית המשפט הגשת תובענה ייצוגית – די בכך שבית המשפט ישתכנע שסביר להניח שנגרם נזק; אין זה משנה אם הנזק הוא כהפרש בין העמלות ששולמו בפועל לשיעור של 2% או לכל מספר אחר. גובה הנזק המדויק, כך נטען, יקבע בהליך לגופו. לטענת עו"ד רוטמן אין חובה על התובע בשלב המקדמי של הדיון להוכיח מהו בדיוק המחיר ההוגן. חובתו היא רק לשכנע שיש לו סיכויים סבירים להוכיח שהמחיר שנגבה ממנו היה בלתי הוגן.

24. עו"ד רוטמן, חזר וטען כי אין בידו נתונים שבעובדה ואלו מצויים בידי המשיבים. גם רייס הסכים בחקירתו כי התביעה לא התבססה על חישובים כלכליים בשאלה מהו המחיר ההוגן; למעשה התביעה (המתוקנת) שביקש רייס להגיש היתה מבוססת על "שיטת ההשוואה": אם אלפא קארד יכולה "לעמוד" בעמלה של 2% - כל עמלה גבוהה יותר היא, לפי הטענה, בלתי הוגנת. ואולם, הנסיון להתבסס על העמלה שגבתה אלפא קארד קרס עם קריסתה של חברה זו, ולאור

דברי המומחה מטעם רייס, הכל כפי שפורט. דומה שנסיונו של עו"ד רוטמן "לסגת" מנתון זה ולטעון כי הוא רלבנטי רק להגדרת הקבוצה – יוכיח.

25. אם נאשר את התובענה הייצוגית כפי שהוגשה, דהיינו נדחה את בקשות רשות הערעור למרות "זניחת" הטענה כי כל עמלה שמעל 2% היוותה מחיר "בלתי הוגן" (וקריסתה של הטענה) - פירוש הדבר הוא, למעשה, להתיר לרייס לפתוח בשלב השני במסלול חדש אחר, דוגמת זה המבוסס על "מבחן הרווח" שבפסק הדין בענין יונייטד ברנדס עליו עמדנו לעיל. חוששתני שהבקשה היא למעשה להתיר לרייס מסע דייג מתוך תקווה שבעקבות גילוי מסמכים, שאלונים וכיוצ"ב בשלב השני, תימצא דרך אחרת להוכחת התביעה.

26. אכן, כפי שטען רייס יש פער מידע בין הציבור ובין חברות כרטיסי האשראי. לתובע הפוטנציאלי אין נתונים בדבר עלויות, רווחים, סיכונים וכיוצא באלה של המשיבים. ממילא – ועל כך הצבענו – קביעת קו הגבול בין מחיר הוגן ומחיר שאינו הוגן – קשה היא. אני מוכנה לקבל שלא צריך להציג קו גבול "מדויק", אך יש לבסס לכאורה, כבר בשלב הראשון את אי-הוגנות המחיר. רייס מיהר להגיש את בקשתו לאחר כניסתה של אלפא קארד לשוק. יתכן שאילולא קריסתה של אלפא קארד, ואילו התמידה אלפא קארד לאורך זמן בעמלה שגבתה – היה הנסיון להתבסס על אלפא קארד בגדר ראיה לכאורה מספקת, לשלב אישור התובענה הייצוגית. לא אכחד כי מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית המבוססת על מחיר לא הוגן נוטל על עצמו, לעיתים, משימה שאינה פשוטה כלל ועיקר. הנסיון האירופאי, כפי שסוקרת גל במאמרה – יוכיח. עם זאת, תובע ייצוגי המבקש ליטול על עצמו משימה מאוד בלתי פשוטה שכזאת יכול למשל להגיש חוות דעת כלכלית היפוטטית בשאלות כמו מה העלויות של הקמת חברת כרטיסי אשראי, מה הסיכונים ומה הרווחים וכל כיוצא באלה וכפועל יוצא מכך מדוע המחיר המונופוליסטי איננו, לכאורה, מחיר הוגן. אם כך יראה - אפשר גם שיצליח ל"אלץ" את המשיבים שייתבעו, להביא ראיות לסתור. כאמור, רוב החברות נמנעו בענייננו מהגשת תצהירים. בענייננו לא התבססה התביעה על חוות דעת כלכלית המצביעה על מחיר לא הוגן שיש עמו לכאורה רווח בלתי סביר. רייס בחר לבסס תביעתו על עמלת הסליקה שגבתה אלפא קארד, כאינדיקציה למחיר הסביר.

27. ודוק, הדרך להתגבר על בעיית פער המידע איננה גלגולן של השאלות הטעונות הכרעה לשלב השני שלאחר אישור הגשת תובענה ייצוגית ופתיחת חזית חדשה. השופט ריבלין עמד על הדרך להתמודד עם פערי המידע בתובענה הייצוגית ב-רע"א 10052/02 יפעת ואח' נ' דלק מוטורס ואח', פ"ד נז (4) 513. ההחלטה שם ניתנה לאחר ההליך נשוא הערעור שלפנינו ולאחר החלטת בית המשפט המחוזי. אין לי דרך (או אפשרות) לבחון מה היקף הנתונים (אם בכלל) שהיה צריך למסור בשלב זה. לא הוגשה בקשה מתאימה, ולא נשמעו טענות. מכל מקום, אינני סבורה שנכון הוא להתחיל בשלב שלאחר אישור התובענה, בניהולה מחדש, על בסיס שונה מניהולה בשלב הראשון. בענייננו, השלב הראשון התבסס על הנתון של 2%. על פיו הוגדרה "הקבוצה", ועל פיו נטען מהו מחיר "בלתי הוגן" – ולו בערך ובקירוב. משעורער הבסיס לתביעה על יסוד נתון זה, אין לפתוח פתח לתובע, לעבור לשלב השני ולפתוח במסגרתו בגילוי מסמכים ושאלונים ובעקבותיהם בקו טיעון חדש. בלי קו טיעון חדש – אין לדעתי לתובענה שלפנינו תקומה.

28. סוף דבר: לדעתי לא ניתן לקבוע, על יסוד הבקשה כפי שהיא, כי התובע הוכיח לכאורה כי שאלות משותפות של משפט ועובדה היו מוכרעות לטובת הקבוצה בענין ניצול לרעה של מעמד בעל מונופולין. לכן, יש לקבל את בקשות רשות הערעור שנדונו כערעורים, ולבטל את האישור שניתן להגשת תובענה ייצוגית לפי סעיף 29א לחוק.

הסדר כובל

29. בית המשפט המחוזי אישר גם, כזכור, הגשת תובענה ייצוגית נגד בנק לאומי ובנק דיסקונט, לפי העילה של קיום הסדר כובל. רייס טען כי ההסכם בין בנקים אלו, בכל הנוגע לכ.א.ל ולדיינרס, הוא בגדר הסדר כובל. לעניין זה ניתן להתייחס בקצרה.

30. מוכנה אני לצאת מן ההנחה שאכן קיים הסדר כובל בין בנק לאומי ובנק דיסקונט שהפעילו יחד את כ.א.ל ואת דיינרס. גם בהנחה זו נחזור וניתקל באותו קושי בו נתקלנו בסוגיית ה"מחיר ההוגן". לא די בהוכחה לכאורה של קיום הסדר כובל. גם כאן יש צורך להבהיר מהו הנזק שנגרם לתובע כתוצאה מקיומו של הסדר כזה. פרק "הנזקים" שבכתב התביעה המתוקן מתייחס לכל המעשים והמחדלים של הנתבעות, והוא מבוסס, כמבואר, על הפער בין עמלת הסליקה ששולמה בפועל לסכום המהווה 2% מהעסקאות בגינן שולמה העמלה. על כן, מה שנאמר לענין העילה לפי סעיף 29א לחוק חל גם לענין העילה של הסדר כובל, ולפיכך גם בענין זה יש לבטל את האישור שניתן.

גלגול הנזק (או חלקו) על ציבור הלקוחות

31. טענה שבעיני יש לה משקל, שהעלו המשיבים בערכאה הראשונה, לא זכתה להתייחסות ראויה. בפרק זה אניח כי רייס הצליח להוכיח שאכן עמלת בית העסק שגבו ממנו ומחברי הקבוצה היא מוגזמת או בלתי הוגנת וצריכה היתה לעמוד על לא יותר מ-2%, כנטען בבקשה ובכתב התביעה המתוקן. גם תחת הנחה זו רואה אני קושי באישור התביעה כתביעה אישית, וממילא כתובענה ייצוגית. הקושי נובע מכך שאין המדובר בנזק (יהא אשר יהא היקפו) בו נשאו העסקים לבדם. זהו נזק שחלקו לפחות מגולגל על הלקוחות (לאו דווקא הלקוחות המשתמשים בכרטיסי האשראי). מחקירתו של רייס עולה כי בבית המרקחת נמכרות תרופות שמחירן בעת הרלבנטית היה קשיח וכן פריטים אחרים כמו מוצרי ניקיון והגינה. בפריטים בהם המחיר אינו קשיח אין מניעה לגלגל את הוצאות העסק, ובהן העמלה, על ציבור הרוכשים. בלשון פרופ' לב-הרי, את הנזק הנובע מעמלות מופרזות "אין ספק שצקולקטיב החברה הישראלית שלמה את זה" (עמוד 926 לפרוטוקול). ובלשון אחרת: גם אם היו עמלות מוגזמות אין פירוש הדברים שרייס או חברים אחרים ב"קבוצה" – להבדיל מציבור הלקוחות – אכן סבלו בהכרח את נזק הממון הנטען, וזאת כאמור אף תחת ההנחות שהנחתי בראש פרק זה.

מסקנת ביניים

32. על יסוד כל האמור אציע לחברי לקבל את בקשות רשות הערעור בהן דנו כבערעור במובן זה שיבוטל ההיתר שניתן להגשת תובענה ייצוגית לפי הסעיפים 29א (ניצול מעמד בעל מונופולין לרעה) ו-2 (הסדר כובל) לחוק.

ערעורו של רייס

33. רייס טוען בערעורו כי גם הבנקים (לרבות בנק הפועלים), ולא רק חברות האשראי היו בעלי מונופולין בתחום הסליקה ביחד עם חברות האשראי, ויש לאשר את עילת ניצול המעמד לרעה גם נגדם ולא רק נגד חברות האשראי. בית המשפט לא הזכיר טענה זו. נוכח מסקנותיי בענין אי-אישור התובענה הייצוגית נגד חברות האשראי בעילה של ניצול מעמד בעל מונופולין לרעה, אין לדעתי משמעות נפרדת לתביעה נגד הבנקים.

34. עוד קובל רייס על כך שבית המשפט לא אישר את העילה לה טען, עילה של ניצול מצוקת לקוח על ידי הבנקים, כאמור בסעיף 4 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981. הסעיף קובע:

"איסור פגיעה בנסיבות מיוחדות 4. לא יעשה תאגיד בנקאי – במעשה או במחדל, בכתב או בעל-פה או בכל דרך אחרת – דבר שיש בו משום ניצול מצוקתו של לקוח, חולשתו השכלית או הגופנית, בורותו, אי-ידיעתו את השפה או חוסר נסיונו, או הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו, הכל כדי לקשור עסקה של מתן שירות בתנאים בלתי סבירים או כדי לתת או לקבל תמורה השונה במידה בלתי סבירה מהתמורה המקובלת."

לטענת רייס עילת תביעה זו אושרה כלפי חברות כרטיסי האשראי. כך מסיק הוא מסעיף 30 להחלטת בית המשפט בו נקבע: "הנני מאשר את הגשת התובענה הייצוגית כלפי המשיבים מס' 1 – מס' 4 [חברות כרטיסי האשראי – מ"נ] כמפורט בכתב התביעה המתוקן...". ניתנת האמת להיאמר שבעיניי אין זה ברור כלל ועיקר שהתביעה בפריט זה אכן אושרה כלפי חברות האשראי. בין כך ובין כך סבורה אני כי אין בפנינו עילת תביעה של "ניצול מצוקה" לא כלפי הבנקים ולא כלפי חברות האשראי; הביטוי "ניצול מצוקה" כך נראה, בא לתאר מצבים קיצוניים; אחרי ככלות הכל בתי העסק לא חייבים היו בתקופה הרלבנטית לפעול באמצעות כרטיסי אשראי (השוו לעילת העושה לפי סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; כן השוו: ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד לו (1) 762; ע"א 9609/01, 9610 ע"א מול הים (1978) בע"מ (לשעבר מרכז אום רשרש בע"מ) נ' עו"ד ד"ר יוסף שגב ואח', פ"ד נח (4) 106). ממילא, כדי להוכיח עילה זו היה צורך להוכיח כי השירות ניתן בתנאים "בלתי סבירים" אלא שגם כאן אין בשיעור של 2%, עליו התבסס רייס, כדי להראות שמדובר בתנאי "בלתי סביר".

לסיכום

35. מהנימוקים האמורים אציע לחברי לדחות את ערעורו של רייס. לערעורו בשאלת ההוצאות אתייחס מיד בנפרד. אם תישמע דעתי, האישור להגשת תובענה ייצוגית יבוטל, ולא יינתן אישור נוסף כפי שמבקש רייס בערעורו.

לשאלת ההוצאות

36. אציע לחברי שלא להטיל הוצאות בערכאתנו וכן לבטל את ההוצאות בסך 25,000 ש"ח שהוטלו בערכאה הראשונה לזכות בנק הפועלים. אכן, רייס כשל בנסיונו להוכיח מחיר "בלתי הוגן"; אין פירוש הדברים שהמחיר בתקופה הרלבנטית אכן היה, בפועל, מחיר הוגן או סביר. והעיקר: דעתי אינה נוחה מהתנהלות הבנקים וחברות האשראי בבית המשפט המחוזי. מטעמיהם הטקטים לא הגישו רוב המשיבים תצהירים. הם ניסו להציל מפי רייס והמומחה מטעמו אינפורמציה שניתן היה להביאה בדרך מקוצרת ויעילה יותר. הטענות והחקירות בכל דבר וענין היו ארוכים עד אין קץ. להתנהלות זו יש לתת ביטוי לפחות בענין ההוצאות.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא(בדימ') א' מצא: אני מסכים.

השופטת ד' ביניש: אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, ג' אדר ב' תשס"ה (14.3.2005).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא(בדימ')