

לפני כב' השופטת ענת ברון

המבקשת:

ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ

באמצעות ב"כ עוה"ד ד"ר אורי ברעם ו/או יעקב סבו
מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב, 6473104
טל': 03-6078888 ; פקס': 03-6078889

המשיבות:

1. MAN Truck and Bus AG

באמצעות ב"כ עוה"ד אורי בר-און ו/או ניבה ברג לבנת ו/או
אח' ממושרד מיתר ליקוורניק גבע לשם טל ושות', עורכי דין
מדרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608
טל': 03-6103100 ; פקס': 03-6103111

2. Renault Trucks SAS

3. Volvo Lastvagnar AB

המשיבות 2-3 באמצעות ב"כ עו"ד ממושרד פישר בכר חן וול
אוריון ושות', עורכי דין
מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב, 6473104
טל': 03-6944141 ; פקס': 03-6941351

4. Daimler AG

באמצעות ב"כ עו"ד ממושרד תדמור ושות' פרופ' יובל לוי
ושות', עורכי דין
מדרך מנחם בגין 132, תל אביב, 6701101
טל': 03-6846000 ; פקס': 03-6846001

5. Iveco S.P.A

באמצעות ב"כ עו"ד ממושרד נשיץ ברנדס אמיר ושות', עורכי
דין
מרחוב תובל 5, תל אביב, 6789717
טל': 03-6235000 ; פקס': 03-6235005

6. DAF Trucks NV

באמצעות ב"כ עו"ד ממושרד הרצוג פוקס נאמן, עורכי דין
מבית אסיה, רחוב ויצמן 4, תל אביב, 6423904
טל': 03-6922020 ; פקס': 036966464

7. Scania AB

באמצעות ב"כ עו"ד ממושרד ש. הורביץ ושות', עורכי דין
מרחוב אחד העם 31, תל אביב, 6520204
טל': 03-5670700 ; פקס': 03-5660974

מתייצב להליך:

8. היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה

מרחוב קרית מדע 5, בניין B3 קומה 5

הר חוצבים, ירושלים, 97776

טל': 073-3929631; פקס': 02-6467624

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

פרק א – מבוא

1. בעידן של כלכלה גלובלית, כלכלות מקומיות נאלצות להתמודד עם "קרטלים" הנעשים מחוץ לישראל, בין תאגידים גלובליים המשפיעים גם על הכלכלה המקומית. אחת הדרכים להתמודד עם נזקי תיאום מחירים היא ניהול הליך ייצוגי לפיצוי על הנזק שנגרם לצרכן עקב התיאום – תיאום המהווה עוולה נזיקית על פי חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק התחרות" או "החוק").
2. כוחו של צרכן בודד להוכיח את קיומו של קרטל הוא מוגבל ביותר. גם גופי חקירה מתקשים בהוכחת התקיימותו של קרטל, לנוכח העובדה שהוא נעשה מטבעו בחשאי.¹ במקרים רבים מסתמך הצרכן הבודד על פעילותם של גופי חקירה או נציבויות תחרות, לפחות בשלב הראשון.
3. בקשת האישור הנוכחית לניהול התובענה כייצוגית מהווה דוגמא לניסיונות של צרכנים ישראלים לתבוע בהליך ייצוגי פיצוי על נזקים שגרמו להם קרטלים שהוכרו מחוץ לישראל על ידי נציבות זרה.
4. בדומה להליכים ייצוגיים אחרים בגין נזקי קרטלים של תאגידים מחוץ לישראל, התביעה הנוכחית נסמכת על קיומה של קביעה של נציבות זרה (במדינה בה נעשה הקרטל) בדבר קיומו של תיאום מחירים בנוגע למוצרים נושא התביעה. חברי הקרטל הנתבעים מוכרים את מוצריהם ליבואנים שמייבאים אותם לישראל. המוצרים המיובאים מהווים נתח גדול מהשוק הרלוונטי בארץ.
5. בהחלטה הנוכחית נבחנה שאלת תחולתו של חוק התחרות על האירועים נושא התביעה. בית המשפט קמא הנכבד קבע, כי חוק התחרות עשוי לחול על קרטלים שנעשו מחוץ לישראל מכוח דוקטרינת ההשפעות, המוכרת בעולם. עוד קבע בית המשפט, כי על פי המקובל בעולם, התנאים

¹ ת"צ (מרכז) 10538-02-13 עמותת הצלחה לקידום חברה הוגנת נ' אל-על ניתבי אויר לישראל בע"מ, פסקה 47 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 19.1.2020).

הנדרשים לתחולה האקסטרטוריאלית על פי דוקטרינה זו הם שלמעשים נושא התביעה "השפעה משמעותית, ישירה ומכוונת" על התחרות בארץ.

6. היועץ המשפטי לממשלה סבור גם כן, כי לנוכח תכליתו הברורה של החוק, הכרחי לפרשו כחל גם על מעשים שנעשו מחוץ לישראל, ברוח דוקטרינת ההשפעות ובכפוף לתנאיה.

7. בעמדה זו מבקש היועץ המשפטי לממשלה לעמוד על התנאים הנדרשים על פי דוקטרינת ההשפעות, בהקשר של דיני התחרות. התנאים המקובלים בעולם לתחולה האקסטרטוריאלית של דיני התחרות הם שלהתנהגות נושא התביעה יש השפעה ישירה, משמעותית, **הניתנת לצפיה באופן סביר** על התחרות במדינה. באשר לתנאי הצפיות – המבחן הוא מבחן אובייקטיבי של צפיות, ולא נדרשת כוונה או מטרה להשפיע על התחרות בארץ, זאת בניגוד לדברים העולים מהחלטת בית המשפט קמא הנכבד.

8. בהתאם לכך, ובשים לב לתכליתו הברורה של חוק התחרות להגן על התחרות בעסקים בישראל, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי חוק התחרות חל גם על התנהגות של זרים, שהתקיימה מחוץ לגבולות המדינה אם היתה לה השפעה משמעותית, ישירה וניתנת לצפיה באופן סביר על רמת התחרות בשוק הישראלי.

9. היועץ המשפטי לממשלה סבור עוד, כי הדרישה ל-"ישירות" נועדה להוציא השפעות עקיפות וזניחות. משמעה הוא שנדרשת סיבתיות בין ההתנהגות המעוולת לבין ההשפעה. לפיכך, קרטל תשומות (קרטל המתייחס לרכיב המשולב במוצר סופי הנמכר לצרכנים) עשוי לעמוד בדרישה זו.

10. באשר לתנאי בדבר השפעה משמעותית – מבקש היועץ המשפטי להעיר, כי במקרה הנוכחי המדובר בתביעת פיצויים, ומטבעה, נדרש להוכיח במסגרתה כי נגרם נזק עקב ההתנהגות האסורה. משמע – ממילא נדרשים התובעים להוכיח, כי ההתנהגות האסורה פגעה בפועל בתחרות באופן שגרם נזק. מכאן, שבמקרה הנוכחי לא מתעוררת השאלה אם די בקיומה של עלילות לפגיעה בתחרות בישראל (כדרישת סעיף 2 לחוק התחרות) לצורך תחולת חוק התחרות על קרטלים שגובשו מחוץ לישראל, או שנדרשת פגיעה בפועל בתחרות בישראל. סוגיה זו עשויה להיות רלוונטית בהליכי אכיפה מינהליים לפי חוק התחרות.²

11. לפיכך, היועץ המשפטי לממשלה אינו נדרש לשאלה זו במסגרת העמדה הנוכחית. היועץ המשפטי לממשלה מבקש עוד לעמוד בעמדה זו על היבטים הנוגעים לאופן בחינת התקיימותם של התנאים האמורים. בהקשר זה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי להוכחת הזיקה הנדרשת

² ראו והשוו Case T-286/09 Intel Corp v. Commission, 5 CMLR 9(2014).

לישראל (קרי, השפעה על התחרות בישראל וצפיות סבירה), אין הכרח שהראיות יצביעו על התייחסות של חברי הקרטל לישראל באופן ספציפי.

12. עוד מבקש היועץ המשפטי לממשלה לעמוד בעמדה זו על הרף הנדרש לשם מתן צו גילוי מסמכים, במסגרת בקשת אישור בגין נזקים שנגרמו בארץ על ידי קרטל שנערך מחוץ לישראל, ועל האפשרות להסתמך בשלב זה על החלטה של נציבות זרה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בשלב מקדמי זה, ניתן להסתמך על החלטה של נציבות זרה. הדבר נתון כמובן לשיקול דעת בית המשפט, בהתבסס על מעמדה ואמינותה של ההחלטה של הנציבות הזרה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, החלטה של האיחוד האירופי לגבי תאגידים הפועלים בתחום האיחוד, עומדת ככלל במבחן זה.

13. אין היועץ המשפטי לממשלה מתייחס בעמדה זו לשאלת ההסתמכות על החלטה של נציבות זרה, בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. שאלה זו עולה בהליך אחר התלוי ועומד לפני בית משפט נכבד זה (בר"ע 3183/20, 3185/20 ו-3186/20 אל-על נ' הצלחה ואח').

14. הגם שההחלטה נושא הליך זה דנה בהליך של גילוי מסמכים, יש לה חשיבות רבה – הן משום שהיא דנה בשאלה המהותית של התחולה האקסטרטוריאלית של חוק התחרות (אשר לה חשיבות הן להליכי אכיפה מינהליים והן להליכי אכיפה פרטיים), והן משום שלשאלת האפשרות לקבל גילוי מסמכים, יש משמעות מעשית רבה ביותר לגבי ניהול הליכים פרטיים על פי חוק התחרות. זאת, בייחוד בשים לב לקושי המובנה של תובעים פרטיים בחשיפת קשרים אסורים, הנעשים מטבעם בהסתר, בין תאגידים גדולים הפועלים מחוץ לגבולות המדינה.

15. בהקשר זה, יצוין עוד, כי לסוגית דוקטרינת ההשפעות עשויה להיות אף השפעה כללית יותר, בתחומי משפט נוספים, בשים לב לכך שדוקטרינת ההשפעות היא אחד מבסיסי הסמכות לתחולה אקסטרטוריאלית של חקיקה מדינית במשפט הבין-לאומי. עמדה זו תתמקד בביטוייה של הדוקטרינה בתחום דיני התחרות.

פרק ב – החלטת בית המשפט קמא הנכבד

16. המבקשת הגישה נגד המשיבות, שהינן יצרניות של משאיות, המיובאות ומשווקות גם בישראל, בקשה לניהול תובענה כייצוגית, בטענה כי בין השנים 1997-2011 המשיבות היו צדדים לקרטל במסגרתו תיאמו ביניהן את מחירוני המשאיות בשער המפעל.

17. בקשת האישור מציינת, כי הנציבות האירופית קבעה בשנת 2016, כי הוכח קיומו של קרטל כאמור. על פי החלטת הנציבות, המשיבות 1-6 הודו בקיומו של קרטל והוטלו עליהן קנסות (למעט על חברת מאן אשר חשפה את הפרשה). חברת סקניה לא הודתה בשותפות לקרטל, ולגביה קבעה הנציבות בהחלטה כי היתה צד לקרטל.

18. המבקשת הגישה בקשה לגילוי מסמכים ספציפיים, כמפורט בבקשתה. בית המשפט קמא הנכבד דחה בקשה זו בנימוק שהמבקשת לא הוכיחה את קיומם של התנאים לאישור תובענה ייצוגית כאמור בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**") ובמקרה זה – את קיומה של עילת תובענה לפי חוק התחרות. זאת, משום ש-"הגם שראוי לפרש את דיני ההגבלים הישראליים כבעלי תחולה אקס טרה-טריטוריאלית בנסיבות המתאימות שאפרטן, הרי שתנאים אלה אינם מתקיימים בנסיבות העניין" (סעיף 20 להחלטה). עוד הוסיף בית המשפט קמא הנכבד, כי לפני הבקשה קשיים נוספים.

19. בית המשפט קמא הנכבד ציין, כי על פי תקנה 4(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010, גילוי מסמכים יינתן כאשר המסמכים רלוונטיים לדיון בבקשת האישור, וכאשר קיימת הוכחה ראשונית לקיום התנאים שבסעיף 8 לחוק. עוד ציין **בית המשפט**, כי על פי [רע"א 8224/15](#) **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' זליכה** (פורסם באר"ש, 29.3.20), התנאים למתן צו גילוי מסמכים הם שהמסמכים רלוונטיים למחלוקת, נמצאים בידי הנתבע, תורמים לייעול הדיון, והצו אינו מכביד על הנתבע באופן בלתי סביר. כאשר מדובר בבקשת אישור, נדרש להראות באופן ראשוני עמידה בתנאי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות. עוד ציין בית המשפט קמא הנכבד, כי הנטל המוטל בשלב הבקשה לצו גילוי מסמכים נמוך מזה הנדרש לשם אישור התובענה הייצוגית, וזה האחרון נמוך מזה הנדרש להוכחת התובענה עצמה. עם זאת, הנטל גבוה מזה הדרוש להתמודדות עם בקשה לסילוק על הסף. משבקשת האישור הוגשה לפי פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, בית המשפט ציין, כי נדרש להראות קיומה של עילה לפי חוק התחרות.

20. בית המשפט קמא הנכבד קבע עוד, כי חוק התחרות אינו קובע במפורש תחולה אקס טרה-טריטוריאלית, אך ניתן להגיע למסקנה זו בדרך של פירוש החוק ותכליתו, תוך שימוש בדוקטרינת ההשפעות, כחלק מהמשפט הבין-לאומי המינהגי. בעניין זה הפנה בית המשפט לפסק הדין בעניין אמסטרדם,³ לפיו בהעדר הוראה מפורשת, חוק עשוי להיות מפורש לאור לשונו ותכליתו כבעל תחולה אקס טרה-טריטוריאלית.

21. לאחר סקירת ההתייחסות לדוקטרינת ההשפעות בארץ ובמדינות זרות הגיע בית המשפט למסקנה זו:

"להבנתי בעת שקיימת השפעה מהותית, ישירה ומכוונת של ההסדר הכולל על הפגיעה בתחרות בישראל, נכון לאמץ את דוקטרינת ההשפעות ולהחיל את דיני התחרות הישראליים בתחולה אקס-טריטוריאלית".

³ בג"ץ 279/51 חיים הרץ אמסטרדם ו-162 אח' נ' שר-האוצר, פ"ד ו 945 (1952) (להלן "**עניין אמסטרדם**").

22. היועץ המשפטי לממשלה מסכים עם מסקנת בית המשפט, כי לאור תכליתו של חוק התחרות ראוי לפרשו, ואף הכרחי לפרשו, כחל גם על מעשים שנעשו מחוץ לגבולות המדינה, ברוח דוקטרינת ההשפעות כפי שהיא נוהגת בעולם. עם זאת, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי על פי דוקטרינה זו, כפי שהיא נוהגת כיום, בתחום התחרות, די בקיומה של השפעה משמעותית, ישירה וניתנת לצפיה באופן סביר, ולא נדרש כי המעשים יהיו מכוונים להשפיע על השוק המקומי. כך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה יש לפרש גם את תחולת הדוקטרינה ביחס להפרות על פי חוק התחרות.

23. בהגדרת התנאים הנדרשים לפי דוקטרינת ההשפעות, הסתמך בית המשפט על החלטות הממונה בעניין שוק הבשמים ובעניין שוק מסדרי הגז, על האמור בספרות ישראלית ועל הנוהג בעולם. כפי שיובא להלן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, לא עולה מהמקורות שהובאו בהחלטת בית המשפט קמא הנכבד, כי נדרשת כיום כוונה להשפיע על ישראל לצורך החלת הדוקטרינה.

24. מהחלטות הממונה הסיק בית המשפט קמא הנכבד, כי: "מכאן שלצורך החלת דיני התחרות הישראלים מכוח "דוקטרינת ההשפעות" נדרשת לפי עמדת הממונה "זיקה ברורה" ומשמעותית בין ההתנהלות מחוץ למדינה לשוק המקומי, ובכלל זה כוונה לחול על השוק בישראל והשפעה ממשית עליו, ואין די בהשפעה עקיפה או זניחה. כאשר ההסדר נערך מחוץ לישראל והוא אינו מכוון "כל כולו" לשוק הישראלי, ובמצב דברים בו מתקשרות זרות בהסדר לא נטלו חלק פעיל ביישומו של ההסדר בישראל נמצא כי לא מתקיימת זיקה מספקת לשוק בישראל, וברור כי אף בהחלטת הממונה בעניין מסדרי הגז התקיימה כמפורט לעיל השפעה מהותית, ישירה ומכוונת של ההסדר הכובל על הפגיעה בתחרות בישראל".

25. בית המשפט קמא הנכבד הוסיף וציין, כי הוא מייחס משקל משמעותי לעמדת הממונים על התחרות, אשר לדורותיהם היו תמימי דעים באשר לתנאים לתחולת הדוקטרינה. בהקשר זה הפנה לפסק הדין של בית משפט נכבד זה בעניין **זליגמן**,⁴ באשר למסקלה של הפרשנות שנותנת הרשות לסוגיה מקצועית, וכן לפסיקה בעניין מעמדו ומומחיותו של הממונה על התחרות (ע"א 3398/06 **הרשות להגבלים העסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ**, פ"ד סא(3) 757 (סעיפים 50-54) (2006)).

26. כפי שיורחב בעמדה זו, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה וכן לדעת הממונה על התחרות, המסקנה האמורה של בית המשפט קמא הנכבד מההחלטות הנזכרות של הממונה היא מרחיקת לכת, בכל הנוגע לדרישת הכוונה.

⁴ רע"א 9778/16 **שולמית זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 31.05.2018) (להלן "עניין זליגמן").

27. עוד ציין בית המשפט קמא הנכבד, כי בהחלט הדוקטרינה בכפוף לתנאים האמורים לא יהיה סיכון רב להתנגשות עם ריבונות של מדינות זרות, בהיותה מקובלת על רוב מדינות העולם.
28. על יסוד מסקנות אלו קבע בית המשפט קמא הנכבד, כי לא הונחה תשתית ראייתית מספיקה כנדרש, אף ברמה הנמוכה הנדרשת בשלב הבקשה לגילוי מסמכים "אין חולק על כי המשיבות כולן הן חברות זרות שאין להן פעילות עצמאית בישראל; החלטת הקנס עוסקת רק באזור הכלכלי האירופי (EEA); ישראל כלל אינה נזכרת בהחלטת הקנס ולא מפורטות בהחלטת הקנס פעולות שנעשו ביחס לישראל או מתוך כוונה להשפיע על השוק בישראל".
29. על יסוד כל אלה, קבע בית המשפט קמא הנכבד, כי התובענה אינה עומדת אף ברף הנדרש בשלב הדיוני של בקשה לגילוי ועיון במסמכים, ולפיכך דחה את הבקשה לגילוי מסמכים. עם זאת, קבע בית המשפט כי המשיבות חייבות למסור את המסמכים שנמסרו למומחה מטעמן, וכי עליהן להצהיר כי מסרו למבקשת את כל המסמכים.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

פרק ג – עמדת הפסיקה, הממונה על התחרות ביחס לדוקטרינת ההשפעות בדיני התחרות

ולצורך בהגנה מפני קרטלים בין-לאומיים

30. בעידן של כלכלה גלובלית, ההגנה האפקטיבית על השוק המקומי מפני פגיעה בתחרות כתוצאה ממעשים הנעשים מחוץ לגבולות המדינה, היא הכרחית. בהתאם לכך, רוב, ככל, השיטות המשפטיות מכירות בתחולה האקסטרטוריאלית של דיני התחרות שלהן, על מעשים שיש להם השפעה על השוק המקומי. ברבות מהשיטות נדרשת השפעה ישירה ומשמעותית הניתנת לצפיה. יש שיטות משפט המסתפקות בהשפעה (משמעותית, ישירה הניתנת לצפיה) המתבטאת בקיומה של עלילות לפגיעה בתחרות בשוק המקומי, ביניהן זו של האיחוד האירופי.
31. כאמור, משעניינו סב על תובענה פרטית, שבה נדרש ממילא להצביע על קיומו של נזק בתום ההליך, הפער בין דרישת ההשפעה בדמות פגיעה בתחרות בארץ או עלילות לפגיעה כאמור אינו מתעורר.
32. על הצורך להגן על השוק המקומי מפני קרטלים בין-לאומיים עמד בית משפט נכבד זה במקרה דומה לעניינו – רע"א 925/17 **הצלחה נ' AU Optronic**.⁵ באותו עניין, הוגשה בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגיות נגד יצרני רכיבים טכנולוגיים ששולבו במסכי LCD, שהיו חלק

⁵ רע"א 925/17 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת** (ע"ר) נ' AU Optronic Corporation (פורסם באר"ש, 31.7.2020).

מקרטל מחוץ לישראל ביחס לרכיבים אלה. הדיון נסב על בקשה למתן היתר המצאה לנתבע מחוץ לישראל, משמע על שאלת הסמכות, אשר קיבלה מאז מענה בהוספת תקנה 500 (א7) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

33. בית המשפט הביע אי נחת מהתוצאה שאליה הגיע טרם תיקון התקנה כאמור:

"לפני סיום אוסיף כי התוצאה שאליה הגעתי יש בה כדי לעורר אי נחת מסוימת. אכן, מצב שבו הצרכן הישראלי לא יוכל להיפרע מגופים שחברו, לכאורה, לקרטל בינלאומי שבעטיו נגרם לו נזק הוא מצב בלתי רצוי, ומבחינה זו ספק אם התקנה בנוסחה הנוכחי הולמת את מגמות הגלובליזציה וההתפתחויות הטכנולוגיות בעולמנו (לביקורת על נוסחה של תקנה 500(7) ראו: קונפיו-שר, בעמוד 102-107)".

34. להלן יעמוד היועץ המשפטי לממשלה על התייחסות הממונה על התחרות, ובתי המשפט בארץ, לצורך לפרש את חוק התחרות, לאור תכליתו המובהקת, כחל גם על מעשים שנעשו מחוץ למדינה, בהתאם למקובל בעולם באשר לתחולת חוקי התחרות המדינתיים.

קביעות הממונה על התחרות (לשעבר הממונה על הגבלים עסקיים)

35. כפי שציין בית המשפט קמא הנכבד, לתחולה האקסטרטוריאלית המתחייבת של חוקי התחרות נדרש לראשונה הממונה על התחרות במספר החלטות, אשר בהמשך זכו למספר התייחסויות מצד בתי המשפט.

36. ההחלטה הראשונה נעשתה במסגרת קביעת הממונה בעניין הבשמים הסלקטיביים (משנת 1999) שעניינה בהסדרים כובלים אנכיים בין חברת גיימס ריצ'רדסון לבין מותגי בשמים מחוץ לארץ, שעל פיהם אלה יִשְׁמְרוּ פער מחירים מינימלי של 30% בין המחירים בחנויות הדיוטי פרי לבין מחירים בחנויות אחרות בישראל.⁶ בקביעה זו אומצה בפעם הראשונה דוקטרינת ההשפעות בהחלטות הממונה.

37. בהחלטתו, כתב הממונה דאז, כי "תכלית החוק להגן על התחרות בעסקים במדינת ישראל. לשם הגשמת תכלית זו על החוק להשתרע גם על פעולות אשר לא נעשו כל כולן (או אף עיקרן) בישראל, אך תוצאתן פגיעה בתחרות בעסקים בישראל" וכי על רקע תכלית חוק התחרות הכלכלית "פרשנות הדין הישראלי ברוח דוקטרינת ההשפעות מחויב[ת] המציאות". נקבע, כי בדומה ליתר דיני התחרות, גם בהקשר זה הדין צריך להיות מבוסס על מהות כלכלית אמיתית, ולא מבחנים מלאכותיים דוגמת מקום עשיית העסקה, זהות הצדדים וכיוצא באלה.

⁶ קביעה לפי סעיף 43(א1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, בדבר שוק הבשמים הסלקטיביים **רשות התחרות** 3002438 (11.2.1999).

38. הכרה נוספת בדוקטרינה בהחלטות הממונה נעשתה בקביעת הממונה בעניין מסדרי מתח מבודדי גז משנת 2013 (GIS),⁷ שם מדובר היה בקרטל עולמי שבו תואמו באופן ספציפי גם מכרזי חברת החשמל בישראל. באותה החלטה חזר הממונה על הקביעות בעניין הבשמים הסלקטיביים לעניין התחולה החוץ-טריטוריאלית, והוסיף כי:

"הדעת נותנת כי לא כל השפעה זרה על השוק המקומי מצדיקה אכיפת דיני ההגבלים העסקיים החלים על אותו השוק כלפי המדינה הזרה או נתיניה. כמעט כל הסדר כובל עשוי להשפיע, ולו באופן עקיף, על התחרות במדינות אחרות, המקיימות קשרי מסחר עם המדינה בה נעשה אותו הסדר כובל, ולהוות כך, ולו על פניו, הפרה של דיני ההגבלים העסקיים של אותה מדינה. נטילת סמכות לאכוף דינים מקומיים כנגד הסדר כובל שהשפעתו על השוק המקומי הינה עקיפה או זניחה עשויה להביא למצב לא רצוי של התנגשות דינים. משכך, העמדה המקובלת בדין הבינלאומי ביחס לתחולה האקס-טריטוריאלית של דיני ההגבלים העסקיים, היא כי ניתן להחיל דינים אלו על התנהלות המתרחשת מחוץ לגבולות המדינה רק כאשר מתקיימת זיקה ברורה בין אותה התנהלות לשוק המקומי באותה מדינה. ואכן, כיום מדינות רבות בעולם אוכפות את הדין המקומי כנגד הפרות בינלאומיות של דיני תחרות ובראשן עבירות קרטל".⁸

39. בעניין אקו"ם⁹ חזרה כבוד השופטת בן-אור על החלטת הממונה בעניין שוק הבשמים, בדבר קליטת דוקטרינת ההשפעות והחלת דיני התחרות מכוחו על פעולות שנעשו מחוץ לישראל, ואף ציינה כי: **"ואכן, קשה להעלות על הדעת פרשנות אחרת לדיני ההגבלים העסקיים, מלבד הפרשנות המוצעת".**

40. כמו בית המשפט קמא הנכבד, גם לדעת היועץ המשפטי לממשלה, חוק התחרות חל, על פי תכליתו, גם על התנהגות מחוץ לגבולות המדינה שהשפיעה על התחרות בישראל באופן ישיר, משמעותי וניתן לצפיה באורח סביר, וזאת כמקובל בעולם, על פי דוקטרינת ההשפעות. עם זאת, בשונה מבית המשפט קמא הנכבד, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי לצורך החלת החוק לא נדרש להוכיח כוונה או מטרה של הנתבעים להשפיע על התחרות בארץ אלא רק צפיות סבירה.

41. לשם ביסוס העמדה האמורה, נפנה כעת לסקירה השוואתית של החלת דיני תחרות מקומיים על קרטלים שנעשו בין חברות זרות מחוץ למדינה, המבקשת לאכוף את החוק שלה.

⁷ שם, בדבר הסדר כובל בין יצרניות מסדרי מתח מבודדי גז **רשות התחרות** 500473 (16.9.2013).
⁸ נציין כי בסקירת הדין הזר בהחלטה מתייחס הממונה לכך שדוקטרינת ההשפעות עוצבה ברוח הלכת Alcoa (שניתנה לפני תיקון ה-FTAA), ואכן ציין כי הלכה זו מחילה את הדין על התנהגות זרה ש"נועדה להשפיע ואשר הייתה לה השפעה על הטריטוריה עליה חלים דיני אותה המדינה". יחד עם זאת, קביעת הממונה אימצה מבחן של "זיקה ברורה" ולא דרשה כוונה להשפיע בישראל.

⁹ ה"כ (הגבלים עסקיים – ביה"ד ירושלים) 513/04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקה 26 (פורסם בנבו, 2.6.2011) (להלן "עניין ואקום").

פרק ד – הסמכות האקסטרטוריאלית של מדינות על פי המשפט הבין-לאומי הפומבי

42. התפיסה המסורתית במשפט הבין-לאומי הפומבי הייתה בעבר כי מדינה רשאית להפעיל את סמכויותיה ביחס לאנשים, ישויות, נכסים ומעשים בשטחה בלבד.¹⁰

43. עלייתם של תאגידים רב-לאומיים והתפתחות תהליכי הגלובליזציה הציבו לפני מדינות צורך להפעלת סמכויות באופן חוץ-טריטוריאלי. שאלת היקף הסמכויות החוץ-טריטוריאליות של מדינות מבחינת המשפט הבין-לאומי הפומבי נבחנה בשנת 1927 על ידי בית הדין הבין-לאומי (Permanent Court of International Justice) בפרשת לוטוס.¹¹ פרשה זו עסקה בעניין סמכות השיפוט של מדינות על מעשים שנעשו מחוץ לתחומן, אשר גרמו להתנגשות בין אוניות בים הפתוח. נקבע, כי מדינה רשאית להפעיל סמכות פלילית כאשר אחד הרכיבים של המעשה היה בתחומי המדינה, או כאשר השפעות המעשים הורגשו במדינה:

"are nevertheless to be regarded as having been committed in the national territory, if one of the constituent elements of the offence, and more especially its effects, have taken place there".

44. במהלך השנים, עם התגברות הגלובליזציה והתפתחות הטכנולוגית, אשר יצרו סיטואציות משפטיות חוצות גבולות שהציבו בפני הקהילה הבין-לאומית אתגרים חדשים, התפתחו בסיסי סמכות מוגדרים יותר לתחולה אקסטרטוריאלית של חקיקה מדינית. בדו"ח משנת 2006 של ועדת האומות המאוחדות למשפט בין-לאומי (International Law Commission) (להלן: "דוח הוועדה") בנושא הסמכות החוץ-טריטוריאלית, הצביעה הוועדה על הבסיסים אפשריים לסמכות כזו. כך, לצד עקרון הטריטוריאליות ועקרונות אחרים, הוכר גם "עקרון ההשפעות" – המכונה גם "דוקטרינת ההשפעות" – כבסיס לתחולה אקסטרטוריאלית של חקיקה מדינית.¹²

45. דוקטרינת ההשפעות היא, אפוא, דוקטרינה כללית במשפט הבין-לאומי באשר לכוחה של מדינה להפעיל את מכלול סמכויותיה (סמכות החקיקה, השיפוט והאכיפה) לגבי מעשים שנעשו מחוץ לתחומה, והיא אינה מוגבלת רק לאכיפת דיני התחרות.

46. דו"ח הוועדה מגדיר דוקטרינה זו כמתייחסת להפעלת סמכותה של מדינה לגבי התנהגויות של זרים מחוץ לטריטוריה שלה, אשר יש לה השפעה מהותית בתוך הטריטוריה:

¹⁰ UN International Law Commission, Report of the International Law Commission, Annex E, U.N. Doc. A/61/10, at 516 (2006).

¹¹ The Lotus case (France v. Turkey) PCIJ, Series A, No. 10 (1927) (להלן "פרשת לוטוס").

¹² UN International Law Commission, Report of the International Law Commission, Annex E, U.N. Doc. A/61/10, at 535 (2006).

"The effects doctrine may be understood as referring to jurisdiction asserted with regard to the conduct of a foreign national occurring outside the territory a State which has a substantial effect within that territory. This basis, while closely related to the objective territoriality principle, does not require that an element of the conduct take place in the territory of the regulating State".

47. לאור זאת ניתן לומר, כי דוקטרינת ההשפעות מוכרת כבסיס מקובל במשפט הבין-לאומי להחלת חוק מדינתי, על הפעילות של זרים הנעשית מחוץ למדינה, שלה השפעה מהותית בתוך שטח המדינה. לדוקטרינת ההשפעות, יש יישומים במערכות דינים נוספות מלבד דיני התחרות, והיא מקובלת כבסיס להחלת דין אקסטרטוריאלית אף בתחומי משפט נוספים.

48. בעניין דיני התחרות, מדינות רבות מחילות את חוקי התחרות שלהן על מעשים אסורים שנעשו על ידי זרים מחוץ למדינה, כאשר יש להתנהגות השפעה משמעותית, ישירה וניתנת לצפיה על התחרות במדינה. על כך יעמוד היועץ המשפטי לממשלה להלן.

49. הריסטייטמנט הרביעי,¹³ המהווה מעין קודיפיקציה של המשפט הבין-לאומי על ידי מומחים אמריקנים, גם הוא מתייחס באופן כללי לסמכותה החקיקתית (Prescriptive Jurisdiction) של המדינה בנוגע לפעולות שנעשו מחוץ לתחומה, בהתבסס על השפעה מהותית בתחומי המדינה. הוא מציין, כי סמכות זו מוכרת במשפט הבין-לאומי:

"International law recognizes a state's jurisdiction to prescribe law with respect to conduct that has a substantial effect within its territory".

50. בנוסף, לפי הריסטייטמנט, חקיקה אקס-טריטוריאלית המבוססת על דוקטרינת ההשפעות מקובלת בעיקר בתחום ההגבלים העסקיים, ומיושמת בארצות הברית, האיחוד האירופי, סין, יפן ומדינות נוספות.

פרק ה – התפתחות ההחלה האקסטרטוריאלית של דיני התחרות – מבוא

51. היישום האקסטרטוריאלית של דיני התחרות החל כבר בשנת 1945 וראשיתו בארצות הברית. במהלך עשרות השנים הללו חלה התפתחות רבה בפסיקות של פורומים משפטיים שונים בעולם, לצד אימוץ גדל והולך של דיני התחרות עצמם בחלקי עולם נרחבים. נכון לשנת 2017, מוכרים דיני התחרות ב-170 מדינות ברחבי העולם.¹⁴ במרבית שיטות המשפט בעולם, דיני התחרות מוחלים באופן אקסטרטוריאלית, כדוגמת ארצות הברית, האיחוד האירופי, צרפת,

¹³ Restatement of the Law Fourth: The Foreign Relations Law of the United States, 409
¹⁴ U.S. Department of justice and Federal Trade Commission: Antitrust guidelines for international enforcement and cooperation, page 2 (2017)

גרמניה, וקוריאה הדרומית, כאשר פעילות מחוץ לתחומי המדינה עלולה לפגוע בתחרות בשוק המקומי או גורמת לפגיעה בו.¹⁵

52. מדובר בדין שהלך והתפתח. במהלך ההתפתחות, התמודדו שיטות המשפט השונות עם הצרכים הגדלים והולכים בהחלה חוץ טריטוריאלית של הדין לשם הגנה על השוק המקומי מצד אחד, ועם החשש מפגיעה בריבונות הזרה מצד שני. בסופו של תהליך, גבר האינטרס של הגנה על השוק המקומי בתנאים של כלכלה גלובלית.

פרק ו – דוקטרינת ההשפעות באיחוד האירופי

53. כאמור לעיל, מקורה של דוקטרינת ההשפעות בארצות הברית. עם זאת, במקרה בו עוסק פסק הדין הנוכחי מדובר ביבוא של משאיות ממדינות שונות באיחוד האירופי, והחלה אקסטרטוריאלית של חוק התחרות הישראלי על עניין זה צריכה להתמודד עם החשש מפגיעה בריבונות של מדינות אלו. לפיכך, יש חשיבות רבה לבחינת הנוהג במדינות אלו, ועל כן יקדים היועץ המשפטי לממשלה את סקירת הדין האירופי לסקירת הדין בארצות הברית.

54. כמו חוק התחרות הישראלי, סעיפים 101 ו-102 לאמנת ליסבון המעגנים את דיני התחרות באיחוד האירופי שותקים ביחס לתחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות באיחוד. עם זאת, כיום מוכרות באיחוד האירופי שלוש דוקטרינות לתחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות. הן עוצבו בפסיקות בתי המשפט של האיחוד האירופי במהלך השנים:

55. **דוקטרינת היישות הכלכלית האחת (The single economic entity – SSE)** –

הדוקטרינה מאפשרת תחולה פרסונלית של דיני התחרות על חברות אשר יש להן חברה בת או אם בשטחי האיחוד האירופי. דוקטרינה זו פותחה על ידי ה-ECJ בעניין Dyestuffs בשנת 1972.¹⁶

56. **דוקטרינת היישום (The implementation doctrine)** – על פי הדוקטרינה, כאשר ההתנהגות התחרותית המעוולת יושמה בשטחי האיחוד יש תחולה לאמנה האירופית על המעשים.

57. דוקטרינה זו יושמה לראשונה בפסק דינו של בית הדין לצדק של האיחוד האירופי (European Court of Justice) (להלן: ה-ECJ) בעניין Wood pulp משנת 1988.¹⁷ בפסק דין זה, אישר בית הדין קנס שהטילה הנציבות האירופית על 43 יצרניות חומר גלם המשמש לייצור נייר, בגין פעילות קרטליסטית של תיאום מחירים, אשר גרמה לעליית מחירים בשוק האירופאי ופגעה

¹⁵ UN International Law Commission, Report of the International Law Commission, Annex E, U.N. Doc. A/61/10, at 526-527 (2006).

¹⁶ Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities, 48/96, (1972) C.M.L.R. 557.

¹⁷ Joined Cases 89, 104, 114, 116, 117 & 125-129/85 A. Ahlstrom Osakeyhtio v. Commission, (1988) ECR 5193, 4 EMLR 901 (1988).

בתחרות. מקום מושבן של אותן 43 חברות היה מחוץ לאיחוד האירופי ולאף אחת מהן לא הייתה חברה בת באחת ממדינות האיחוד (לכן לא ניתן היה להפעיל את מבחן ה-SEE). בפסיקתו קבע ה-ECJ, כי קיימת סמכות שיפוט על פי דיני האיחוד האירופי, לגבי הסכם אנטי תחרותי לקביעת מחיר שנעשה בין החברות מחוץ לישראל, אשר יושם בתחומי האיחוד. היישום התבטא במכירה של המוצרים ללקוחות באיחוד. משמע, עצם המכירה של המוצרים בתחומי האיחוד היתה בסיס להחלת דיני התחרות האירופאיים.

58. מאוחר יותר, בעניין Gencor (1999),¹⁸ שימשה דוקטרינת היישום לביסוס סמכות האכיפה

בקשר לעניינים הנוגעים לעסקאות מיזוג חוצות גבולות תחת תקנת המיזוגים האירופית.

59. **דוקטרינת ההשפעות (The qualified effects doctrine)** – כפי שיובא להלן, דוקטרינת

ההשפעות, כבסיס תחולה חוץ-טריטוריאלי עצמאי, אומצה על ידי ה-ECJ בפסק הדין בעניין אינטל בשנת 2017. בעוד שקודם לכן היה ספק אם ההשפעה היא תנאי מצטבר ליישומן של הדוקטרינות האחרות, בפסק הדין של בית הדין האירופי לצדק, שניתן בערעור על בית המשפט הכללי של האיחוד, נקבע שניתן לבסס תחולה חוץ-טריטוריאלית על פי דוקטרינת ההשפעות גם בלי שימוש באחת משתי הדוקטרינות שתוארו לעיל.

60. מכיוון שענייננו בדוקטרינת ההשפעות, יעמוד היועץ המשפטי לממשלה בפירוט על שלבי ההתפתחות ההכרה בדוקטרינת זו.

61. היועץ המשפטי לממשלה יזכיר בהקשר זה, כי כבר בעניין Wood Pulp משנת 1988, קבע

ה-ECJ כי אם תחולת האיסורים של חוק התחרות תהיה תלויה במקום ההתנהגות, יהיה בכך כדי לתת לתאגידים דרך קלה לחמוק מאיסורים אלה.

"If the applicability of prohibitions laid down under competition law were made to depend on the place where the agreement, decision or concerted practice was formed, the result would obviously be to give undertakings an easy means of evading those prohibitions. The decisive factor is therefore the place where it is implemented."¹⁹

62. ראשית, קליטת הדוקטרינה באירופה הייתה בפסק הדין של בית המשפט הכללי האירופי

בעניין Gencor, בו נקבע, כי מוצדק להחיל את תקנת המיזוגים האירופית לא רק בהתבסס על דוקטרינת היישום, אלא אף בהתבסס על הצפי להשפעה ישירה ומשמעותית בתחומי האיחוד:

"Application of the Regulation is justified under public international law when it is foreseeable that a proposed concentration will have an immediate and substantial effect in the Community".

¹⁸ Case T-102/96 Gencor Ltd v. Commission, [1999] ECR II-753, (1999) 4 CMLR 971, para 87.
¹⁹ לעיל הי"ש 17.

63. בעניין מסכי ה-LCD, שהוכרע בשנת 2010, החילה הנציבות האירופית את הדין האירופי תוך שילוב בין דוקטרינת ההשפעות לדוקטרינת היישוב, וקבעה כי הדין האירופאי חל, היות שהקרטרל יושם באירופה וגם השפיע עליה, תוך שהיא מתבססת על קביעותיו של בית הדין הכללי האירופי (General Court) בעניין Gencor, ועל הדרישה להשפעה ישירה, צפויה ומשמעותית בתוך גבולות האיחוד.²⁰

64. בפסק דין של בית הדין הכללי האירופי (General Court), בעניין Intel, שניתן בשנת 2014, נדונה התנהגותה האנטי-תחרותית של אינטל, אשר כללה שתי פרקטיקות: א. מתן הנחות נאמנות ליצרניות המחשבים (על מנת שירכשו מעבדים רק ממנה); ב. הסכם בלעדיות עם מפיץ אירופי גדול, כך שלא יפיץ באירופה מחשבים עם מעבדים של חברה מתחרה. ביחס לפרקטיקה הראשונה, הנחות הנאמנות, יישוב ההתנהגות היה מחוץ לשטח האיחוד האירופי, ולכן נדרש בית הדין האירופי לדוקטרינת ההשפעות. בפסק הדין נקבע, כי דוקטרינת היישוב ודוקטרינת ההשפעות הן חלופיות ולא מצטברות, לפיכך, די בעמידה בתנאים של אחת מהן.

65. נקבע, כי להחלת דוקטרינת ההשפעות נדרשת השפעה ישירה, משמעותית וניתנת לצפייה סבירה (Immediate, substantial and foreseeable effects), אך אין הכרח כי ההשפעה תתרחש בפועל. די בקיום סכנה לפגיעה בתחרות, ואין להמתין להתממשותה כתנאי לתחולת החוק:

“The Commission is not obliged to establish the existence of actual effects in order to justify its jurisdiction under public international law. **The criteria of immediate, substantial and foreseeable effects do not mean that the effect must also be actual.** It is for the Commission to ensure that competition within the common market is protected against threats to the effective functioning thereof. Accordingly, the view cannot be taken that the Commission is required to confine itself to pursuing and punishing abuse which achieved the intended result and in respect of which the threat to the functioning of competition materialised. The Commission cannot be expected to adopt a passive position where there is a threat to the effective competition structure in the common market and may therefore intervene also in cases in which the threat did not materialise or has not yet materialised”.²¹

66. בית הדין הגבוה לצדק (ECJ) שדן בערר על פסק הדין בעניין Intel בשנת 2017, הותיר את קביעותיה של הערכאה הראשונה בעינן. בית הדין ציין שם כי החלת החוק על התנהלות מחוץ

²⁰“The General Court supplemented that : COMP/39.309 LCD (Liquid Crystal Displays)), paragraph 231 test by establishing that the rules of Union competition law (in that case, Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989) are applicable if the conduct at issue has immediate, foreseeable and substantial effect in the Union”.

²¹Case T-286/09 Intel Corp v. Commission, 5 CMLR 9 (2014).

לתחומי האיחוד האירופאי דרושה כדי שלא לאפשר לחברות להימנע בנקל מדיני התחרות המקומיים. אמנם הדברים נאמרו בהקשר של דוקטרינת היישום, אך הם יפים גם לענייננו:

"Moreover, it must be noted that, in order to justify the application of the implementation test, the Court has emphasised that if the applicability of prohibitions laid down under competition law were made to depend on the place where the agreement, decision or concerted practice was formed, the result would obviously be to give undertakings an easy means of evading those prohibitions".²²

67. בכך אישר ה-ECJ גם את קביעת ה-GC בדבר החלופיות של המבחנים:

"In that regard, the Court would point out that demonstrating the implementation of the practices at issue in the EEA or demonstrating qualified effects are alternative and not cumulative approaches for the purposes of establishing that the Commission's jurisdiction is justified under the rules of public international law".

68. בכל הנוגע לצפיות נקבע בפסק הדין, כי יש לבחון את הצפיות על רקע מכלול ההתנהגות הנבחנת (ולא של כל חלק בנפרד), וכן נקבע, כי די בכך שההשפעה על האיחוד האירופי "מסתברת" (Probable) על מנת לקיים את דרישת הצפיות.

"It must be pointed out, as the General Court did in paragraphs 268 and 280 of the judgment under appeal, that it is necessary to examine the conduct of the undertaking or undertakings in question, viewed as a whole, in order to determine whether the Commission has the necessary jurisdiction to apply, in each case, EU competition law.

so far as Intel criticises the General Court for considering that it was foreseeable that the agreements concluded with Lenovo concerning CPUs for delivery in China would have an immediate effect in the EEA, it must be pointed out, first, that the General Court rightly held, in paragraphs 251, 252 and 257 of the judgment under appeal, that it is sufficient to take account of the probable effects of conduct on competition in order for the foreseeability criterion to be satisfied".

69. כעולה מהאמור, המבחן שנקבע בכל אחד מהמקורות שהוזכרו לעיל – קרי פסק הדין בעניין Gencor, החלטת הנציבות בעניין מסכי ה-LCD ופסק הדין בעניין Intel – הוא מבחן צפיות אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.

70. הנציבות האירופית חזרה על המבחן שנקבע בעניין אינטל, לפיו נדרשת צפיות סבירה להשפעה ישירה ומשמעותיות, בהחלטתה בעניין אנדרואיד משנת 2018:

"In order to justify the Commission's jurisdiction, it is sufficient that a conduct is either implemented in the EEA ("implementation test") or is liable to have immediate, substantial and foreseeable effects in the EEA

²² Case C-413/14 P - Intel v Commission, CMLR 18 (2017)

("qualified effects test"). These two approaches for establishing the Commission's jurisdiction are alternative".²³

71. כעולה מהאמור, ההכרה בדוקטרינת ההשפעות באיחוד האירופי נעשתה בדרך הפרשנות בפסיקת בתי המשפט של האיחוד האירופי ובהחלטות המאסדר (הנציבות).
72. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי המבחנים שנקבעו בפסיקה באיחוד האירופי, קרי, קיומה של השפעה משמעותית, ישירה וניתנת לצפיה באופן סביר, משקפים את הפרשנות הראויה שיש לתת לדוקטרינת ההשפעות באשר לתחולת חוק התחרות הישראלי.

פרק ז – דוקטרינת ההשפעות במשפט האמריקני

פסק דין Alcoa 1945

73. כפי שיראה היועץ המשפטי לממשלה להלן, גם בארצות הברית, תחילת ההכרה בתחולה האקסטרטוריאלית של חוק התחרות (Sherman Antitrust Act of 1890) (להלן גם: "חוק שרמן"), נעשתה על ידי הפסיקה. מאוחר יותר תוקן החוק, ונוסף לו סעיף 6a, כפי שיפורט להלן.
74. ראשית הדברים בפסק הדין בעניין Alcoa, שניתן בשנת 1945 בערכאת הערעורים הפדרלית. פסק הדין החיל לראשונה את חוקי התחרות המקומיים על פעולות אנטי-תחרותיות שנעשו מחוץ למדינה, בהתבסס על דוקטרינת ההשפעות. במקרה הנדון, חברו יחד מספר חברות זרות לייצור אלומיניום ויצרו קרטל לחלוקת מכסות ותשלומי תגמולים בין חברות שיחרגו מהמכסה. בית המשפט קבע, כי מעשים האסורים על פי החוק אם נעשו בארצות הברית, ייחשבו לאסורים כשנעשו מחוץ לגבולות המדינה אם הם מכוונים להשפיע על היבוא והשפיעו עליו.

"Both agreements would clearly have been unlawful, had they been made within the United States ; and it follows from what we have just said that both were unlawful, though made abroad, if they were intended to affect imports and did affect them".²⁴

פסק דין Hartford 1993

75. בפסק הדין בעניין Hartford, שניתן בבית המשפט העליון בשנת 1993, נדונה פעילות אנטי תחרותית של 4 מבטחים ישירים בארצות הברית ומבטחי משנה בארצות הברית ולונדון, שקשרו במטרה לדחוק ב-ISO (איגוד מבטחים אמריקני שקבע חוזה אחריות עסקית סטנדרטי המשמש את רוב המבטחים המקומיים) לשנות את תנאי אחת מפוליסת הביטוח, לתנאים המטיבים עם

²³ Case AT.40099 Google Android pr. 1360-13631361 (18.7.20).
²⁴ United States v. Aluminium Company of America (Alcoa) 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

המבטחים הראשיים על חשבון הלקוחות. בית המשפט חזר על הקביעה בעניין Alcoa, כי ה-Sherman Act חל באופן אקס-טריטוריאלי כאשר במעשים הייתה כוונה להשפעה מהותית על המסחר ברצות הברית:

"It is well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States... Such is the conduct alleged here: that the London reinsurers engaged in unlawful conspiracies to affect the market for insurance in the United States and that their conduct in fact produced substantial effect".²⁵

76. אכן, פסק הדין חזר על הלכת Alcoa הקודמת משנת 1945, בה מופיעה גם כוונה, ואולם פסק דין זה לא עסק בצורך בהוכחת כוונה שכן באותו עניין הכוונה לא היתה שנויה במחלוקת. פסק הדין קבע בתחילה כי ניתן להחיל את חוק התחרות האמריקני על המקרה, ובהמשך עסק בשאלה אם העובדה שפעולת המבטחים תאמה את הרגולציה הבריטית מונעת את החלת החוק, ועל כך השיב בשלילה. פסק הדין שניתן לאחר התיקון לחוק שרמן (בו יעסוק היועץ המשפטי לממשלה להלן בהרחבה), אינו נדרש לאבחנה בין ניסוח העיקרון בפסק דין Alcoa משנת 1945, לבין ניסוחו בתיקון לחוק שרמן (ראו להלן), משום שמצא שגם התנאים של ההלכה הישנה וגם התנאים שקבע תיקון החוק מתקיימים באותו עניין (ראה להלן בהתייחסות להערת שוליים 23 בעניין Hartford). לפיכך, פסק דין זה אינו מהווה אסמכתא לדרישת כוונה.

77. בשנת 1982, במסגרת ה-FTAIA Foreign Trade Antitrust Improvements Act (תוקן חוק שרמן ונכללה בו הוראת חוק לעניין תחולתו האקס-טריטוריאלית של החוק. סעיף 6a קובע את הכלל כי הוראות החוק לא יחולו על התנהגות מחוץ לארצות-הברית, למעט כאשר ההתנהגות השפיעה על הייבוא המקומי או גרמה להשפעה "ישירה, משמעותית וניתנת לצפייה סבירה".

78. וזה נוסח הסעיף:

6.a Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless-

(1) such conduct has a direct, substantial, **and reasonably foreseeable effect-**

(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or
(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

²⁵ Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993).

If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.

79. סעיף 6a האמור קובע למעשה את התנאים להחלה האקסטרטוריאלי של החוק, והוא משקף את דוקטרינת ההשפעות כפי שהיא חלה בארצות הברית. לפיכך, יש חשיבות רבה לדרישות הקבועות בסעיף 6a. הסעיף קובע באופן מפורש דרישה של ישירות, צפיות ומשמעותיות, ולא כוונה. 80. על-פניו נראה, כי פסק הדין בעניין Hartford, שניתן כאמור לאחר התיקון לחוק, חוזר על ההגדרה של השפעה משמעותית ומכוונת, הגם שניתן לאחר תיקון חוק שרמן. אולם, בהערת שוליים 23 בפסק הדין נאמר, כי אין הכרעה בפסק הדין לעניין פרשנות תיקון ה-FTAIA, משום שבנסיבות המקרה התנהלות הנתבעים, שהייתה מכוונת ופגעה משמעותית בשוק האמריקני, עומדת בלאו הכי בתנאים הנדרשים לתחולה אקס-טריטוריאלי:

"The FTAIA was intended to exempt from the Sherman Act export transactions that did not injure the United States economy... and it is unclear how it might apply to the conduct alleged here. Also unclear is whether the Act's "direct, substantial, and reasonably foreseeable effect" standard amends existing law or merely codifies it... We need not address these questions here. Assuming that the FTAIA's standard affects this litigation, and assuming further that that standard differs from the prior law, the conduct alleged plainly meets its requirements".

81. דברי ההסבר לתיקון ה-FTAIA מפרטים, כי אחת ממטרות החוק הינה לקדם ודאות בסקטור העסקי, לשם כך עברו ממבחן של כוונה סובייקטיבית (Intent) למבחן של צפיות (Reasonably foreseeable), מבחן שאינו דורש מבתי המשפט לבחון את המניעים של הצדדים:

"Because the ultimate purpose of this legislation is to promote certainty in assessing the applicability of American antitrust law to international business transactions and proposed transactions, the Subcommittee amendment makes explicit that the effect on domestic commerce or export opportunities must be "reasonably foreseeable". The Subcommittee chose a formulation based on foreseeability rather than -intent to make the standard an objective one and to avoid-at least at the jurisdictional stage-inquiries into the actual, subjective motives of defendants. An intent test might encourage ignorance of the consequences of one's actions, which in this context, would be an undesirable result".²⁶

²⁶ H.R. 5235 - Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982 97th Congress (1981-1982)

פסק דין Animal 2011

82. פסק הדין בעניין Animal, שניתן בשנת 2011 בערכאת הערעורים הפדרלית, התייחס למקרה בו חברות סיניות לייצוא מגזניט חברו לקרטל לתיאום מחירי המינרל, התנהלות שהובילה לעליית מחירים בארצות הברית. הערכאה הראשונה דחתה את התובענה נגד החברות הסיניות, מן הטעם שלא השתכנעה כי פעולות הקרטל נעשו בכוונה להשפיע על השוק האמריקני.
83. בית המשפט לערעורים ביטל את פסק הדין והחזיר את הדיון לערכאה הראשונה. בהתבסס על לשונו המפורשת של ה-FTAIA לפיה חוק התחרות האמריקני יחול על מעשים שגרמו להשפעה ישירה, מהותית וניתנת לצפייה לצפייה ("such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect"), נקבע, כי אין מדובר בסטנדרט סובייקטיבי הבוחן את כוונותיהם של חברי הקרטל (ראו בעמוד 471 לפסק הדין):

"Second, the FTAIA's effects exception does not contain a "subjective intent" requirement. The plaintiffs noted that certain language utilized by the District Court appeared to require that the plaintiffs demonstrate that the defendants subjectively intended to impact U.S. commerce. See [24**] Animal Science, 702 F. Supp. 2d at 338 (interpreting "substantial" to mean whether the "defendants' conduct was actually 'intended/consciously meant'[] to produce a consequence in the United States"); id. at 349 (using the phrase "intent-to-affect"). It is not apparent whether the District Court's conclusions relied on these passing references. In any event, we clarify that the FTAIA's "reasonably foreseeable" language imposes an objective standard: the requisite "direct" and "substantial" effect must have been "foreseeable" to an objectively reasonable person. The text of the statute — "reasonably foreseeable" — makes plain that an objective standard applies. Accordingly, if the District Court assesses the FTAIA's effects exception on remand, the relevant inquiry is whether the alleged domestic effect would have been evident to a reasonable person making practical business judgments".²⁷

פסק דין Biocad משנת 2019

84. בדומה לכך, בפסק דין Biocad, נדחתה תובענה נגד חברת תרופות שוויצרית שפעלה ברוסיה במטרה למנוע את כניסת הפירמה המתחרה לשוק האמריקני, מאחר שפעילות הנתבעת, הגם שנועדה להשפיע על שוק התרופות האמריקני, לא גרמה להשפעה ישירה ומשמעותית. בית המשפט ציין, כי תחולתו האקס-טריטוריאלית של חוק שרמן, כפי שנקבעה בתיקון ה-FTAIA, נבחנת באופן אובייקטיבי, בהתבסס על לשון הסעיפים, מבנה החוק ותכלית החקיקה, שנועדה לקדם וודאות, אובייקטיביות ויעילות דיונית:

²⁷ Animal Sci. Prods. v. China Minmetals Corp., 654 F.3d 462, 471, (2011).

"The conclusion that the statutory text supports an effects-based rather than an intent-based analysis is confirmed by the FTAIA's structure and Congress's goals in enacting the statute."

"These considerations of clarity, objectivity, and practicality would be undermined if the applicability of the import exclusion turned on the subjective intent of companies doing business abroad".²⁸

85. עוד יוסיף היועץ המשפטי לממשלה, כי בפסיקה האמריקנית התפתח כלל נוסף, לפיו בהחלת הדין על התנהגות מחוץ לטריטוריה, בכל מקרה ומקרה, יש להפעיל שיקול דעת מאזן באשר ליחס בין האינטרס המקומי, לבין האינטרסים של המדינה הזרה. הצורך בשיקול דעת כזה מתעורר, למשל, במקום שבו לטענת הנתבעים המעשים נושא התובענה נעשו בהתאם לחוק במדינה הזרה. ראו למשל הדיון בכך בעניין Hartford הנזכר לעיל, בו נדחתה טענה זו של הנתבעים. הפעלת שיקול דעת זה נעשית בארצות הברית, מכח עקרון ה-Comity, שהוא עקרון של נימוס בין מדינות.
86. בפסיקה הנוגעת לשיקול דעת זה, קיימות גישות שונות, אך יודגש, כי לנושא זה אין קשר לתנאי דוקטרינת ההשפעות. שיקול הדעת האמור מופעל רק בשלב השני, כאשר כבר נקבע קודם לכן כי יש בסיס לפי תנאי הדוקטרינה לתחולת החוק על העניין.
87. כאשר מדובר בתיאום מחירים, לא מתעורר בדרך כלל הצורך בהפעלת שיקול דעת זה, משום שאיסור על תיאום מחירים נמצא בקונצנזוס, למצער בדיני התחרות של כל המדינות המפותחות והוא נמצא בליבה של דינים אלה. המלחמה בקרטלים נחשבת לאינטרס כלל עולמי.
88. ועוד, כאשר קיימת קביעה במדינה הזרה כי התקיים קרטל אסור, ואף ננקטות פעולות אכיפה מקומיות נגדו במקום בו נעשה (לגבי תוצאותיו במדינה הזרה), לא עולה שאלה של התנגשות בין הדינים לנוכח הקונצנזוס האמור.
89. ראו בהקשר זה את מאמרה של פרופ' אלינור פוקס, העוסק בשיקול דעת זה, וראו התייחסותה שם לנושא של תיאום מחירים, כנושא שלא מתעוררת לגביו בעיה של התנגשות דינים.

"In areas of substantive conflict and no international consensus, restraint is needed. But a large portion of international antitrust litigation concerns hard core cartels, which are world-consensus wrongs, and strategic games to by-pass the importing country's law... The principal contribution of this essay concerns the area of substantive consensus among nations – notably, for antitrust, hard core cartels. That is the category in which benefits of global vision can outweigh costs of nation-to-nation conflict".²⁹

²⁸ Biocad, JSC v. F. Hoffman-La Roche, Ltd., 2017 U.S. Dist. (S.D.N.Y., Sept. 30, 2017) ; Eleanor M. Fox, Antitrust: updating Extraterritoriality, *Antitrust & Pub. Poly*, No.1, 2019 : להרחבה ראו : Eleanor M. Fox, *Rule of Law, Standards of Law, Discretion and Transparency*, 67 SMU L. REV. 795 (2014); Eleanor M. Fox, *Monopolization and Abuse of Dominance: Why Europe Is Different*, 59 *ANTITRUST BULL.* 129 (2014) ; כן ראו במאמר, Koren W. Wong-Ervin & Andrew Heimert, "Extraterritoriality: Approaches Around the World and Model Analysis" (2020) בעולם בנוגע להחלת דיני התחרות מחוץ לתחומי המדינה, ובנספח I, המצורף למאמר, הסוקר את התנאים להחלה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות בברזיל, קנדה, סין, האיחוד האירופי, הודו, יפן, קוריאה, ארצות-הברית וטאיוואן.

פרק ח – אכיפה של דיני תחרות זרים על חברות ישראליות

90. בשים לב להכרה הרחבה בעולם בתחולת דיני התחרות של המדינות על מעשים שנעשו מחוץ לישראל ופגעו בכלכלות שלהן, גם חברות ישראליות המשווקות את מוצריהן מחוץ לישראל, חשופות לאכיפה מצד אותן מדינות. ראו בהקשר זה בספרם של אזרחי וגילה:

14.6.1" תחולתם האקסטרטוריאלית של דיני התחרות האירופים מעניקה בידי הנציבות האירופית כלי עוצמתי לבלימה ולהענשה של פעילויות אנטי תחרותיות שהיוזמה לקיומן נבעה מחברות מחוץ לאיחוד האירופי והן משפיעות על התחרות בתחומי האיחוד.

14.6.2 כפועל יוצא, ידה הארוכה של הנציבות האירופית מחייבת חברות בישראל ובמקומות אחרים להביא בחשבון את דיני התחרות האירופים כאשר פעילויותיהן או ההסכמים להם הן שותפות מיושמים בתחומי האיחוד, יוצרים אפקט באיחוד ועלולים להפר את דיני התחרות האירופיים. אי עמידה בדיני התחרות האירופיים עלולה להביא לקנסות כבדים המוטלים על ידי הנציבות בגין הפרה של דינים אלה, ללא קשר לשאלת המיקום של החברות המעורבות. אכן, לא מעט חברות ישראליות כבר היו מעורבות בעבר בהליכי הגבלים עסקיים באירופה ובארצות הברית, בגין פעילותן שם".³⁰

91. לאור האמור, מתבקש הדבר שגם מערכת המשפט הישראלית תגן על כלכלתה וצרכניה מפני פגיעה של תאגידים גלובליים הפועלים מחוץ לגבולותיה.

פרק ט – מסקנת בית המשפט קמא הנכבד בדבר הצורך בהוכחת התנהגות מכוונת של גופי

הקרטל

92. כעת, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה למקורות המשפטיים עליהם התבסס בית המשפט בקובעו כי דוקטרינת ההשפעות חלה רק על התנהגות מכוונת.

93. כפי שראינו, הדוקטרינות המשמשות באיחוד האירופי להחלה אקסטרטוריאלית אינן עוסקות בהתנהגות מכוונת. אשר לארצות הברית, בראשית האימוץ של דוקטרינת ההשפעות, הניסוח שלה אכן התייחס להתנהגות שהיא גם מכוונת, והסיטואציות שעמדו לפני בתי המשפט כללו התנהגות כזאת. אולם, בניסוח זה לא היה משום הגדרת גבולותיה של הדוקטרינה. לא נאמר כי לא תהיה תחולה אקסטרטוריאלית במקום שהתנהגות אינה מכוונת להשפיע על ארצות הברית אך השפעה כאמור היא ניתנת לצפיה. מכל מקום, בסעיף 6a לחוק התחרות האמריקני עוגן מבחן אובייקטיבי של צפיות, וכך גם יושם מבחן זה בפסיקה.

94. אכן, בחלק מהמובאות שעליהן נסמך בית המשפט קמא הנכבד נוסח הכלל כמתייחס להתנהגות מכוונת. מובאות אלו נלקחו מפסק דין הרטפורד משנת 1993, ומאזכורים של פסק דין

³⁰ אריאל אזרחי ודיויד גילה דיני התחרות האירופיים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים, סעיפים 14.6.1 ו-14.6.2 (2019).

זה בהחלטות הממונה. אולם, אין בכל אלה כדי לשנות את מסקנתנו באשר להעדר דרישה של כוונה בדוקטרינת ההשפעות כפי שהיא מוכרת כיום, כפי שיפרט היועץ המשפטי לממשלה להלן.

95. אשר לפסק דין הרטפורד, אמנם פסק דין הרטפורד מזכיר Intent, אך הדבר נעשה בצורה אגבית ולא כקביעה פרשנית של חוק שרמן (שאומר בצורה מפורשת כי מספיקה צפיה סבירה).

96. הוא הדין במובאות שנזכרו בהחלטות הממונה ובדברים שנאמרו שם. היו אלה המקרים הראשונים בהם יושמה דוקטרינת ההשפעות בארץ. לא התעוררה בהקשר להם שאלת קיומה של כוונה, שכן במקרים אלה נעשו מעשים מכוונים. הדגש בהן היה עצם האפשרות להחלה אקסטרטוריאלית, ולא גבולות האפשרות להחלה. החלטות אלו מצטטות אף הן את הניסוח הישן בפסק דין Alcoa ובפסק דין הרטפורד.

97. הדגש בהחלטות אלו הוא שהתחולה האקסטרטוריאלית בתחום ההגבלים העסקיים היא הכרחית.

98. יתירה מכך, החלטת הממונה בעניין שוק הבשמים מתייחסת לצורך בהגנה על השוק המקומי מפני פגיעה, בין שתוכננה ובין שלא, ואינה מתנה זאת בקיומה של פגיעה מתוכננת:

"אי-החלת חוק ההגבלים העסקיים על פעולות כאלה יותיר את התחרות בעסקים חסרת אונים אל מול פגיעה אפשרית בה, בין שזו תוכננה ובין שלא".

99. בית המשפט קמא הנכבד התייחס לדברים שאמר הממונה במסגרת הקביעה, באשר לתחולת הדין על חברות הקרטל היפניות. מדברים אלה הסיק בית המשפט, כי נדרשת כוונה להשפיע בישראל, על מנת להחיל את חוק התחרות על מעשים שנעשו מחוץ לשטחה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין בהחלטה זו קביעה של סטנדרט סובייקטיבי של כוונה להשפיע על ישראל. 100. דברי הממונה בהחלטה נעוצים בנסיבות המיוחדות והלא אופייניות של אותו מקרה, בו, על אף שדובר בקרטל במסגרתו תואמו מכרזים בישראל (וממילא התקיימה כוונה להשפיע בישראל), הממונה מצא, כי ביחס לחברות היפניות לא מתקיימת זיקה מספקת, בשל העדר **השפעה** להתנהגותן על התחרות בארץ.

101. הממונה שוכנע שעל אף שהחברות היפניות היו צדדים לקרטל במסגרתו תואמו מכרזים בישראל, הטעם העיקרי להימנעותם מהגשת הצעות למכרזים בישראל היתה חיצונית לקרטל:

"בשל המציאות הגיאופוליטית בתקופת הקרטל, חברות יפניות רבות נמנעו מכל פעילות כלכלית בישראל בתקופה הרלוונטית להסדר. בהתאם, Hitachi ו-Toshiba לא קיימו בפועל פעילות כלכלית ומסחרית בישראל לא רק בתחום מסדרי המתח, אלא גם בתחומי הפעילות האחרים של החברות, ובפרט בתחומי פעילות שדרשו נוכחות משמעותית בישראל. הסיבה העיקרית להימנעותן של Hitachi ו-Toshiba מפעילות בישראל נעוצה אפוא במציאות הגיאופוליטית ששררה אז".

102. בהתאם לכך, קבע הממונה כי "קיים קושי להצביע על ההשפעה של השתתפותן של Hitachi ו-Toshiba בהסדר הכובל העולמי על השוק הישראלי" (ההדגשה של הח"מ). לעניין זה (ולא בהקשר של דרישת כוונה, שכן באותו מקרה ממילא היתה כוונה), הבהיר הממונה כי מדובר בהסדר כובל עולמי של תיאומי מכרזים במדינות שונות ולא הסדר לגבי השוק הישראלי בלבד.
103. הדברים האמורים של הממונה נוגעים לדרישת ההשפעה שבדוקטרינה, ואינם מעידים על דרישה לכוונה. החברות היפניות נמנעו מהגשת הצעות בארץ משיקולים פוליטיים, ובלי קשר לקרטל. משמע נעדר כאן הקשר הסיבתי בין הקרטל לבין אי השתתפותן של החברות היפניות בתחרות בארץ. לפיכך מצא הממונה כי לשותפותן בקרטל לא היתה השפעה על התחרות בארץ, המצדיקה את החלת חוק התחרות (הישראלי) על מעשיהן.
104. מכל מקום, הכלל הרווח כיום בעולם הוא שיש לדיני התחרות של מדינה תחולה על מעשים שיש להם השפעה משמעותית, ישירה וניתנת לצפיה על המדינה, כמובא לעיל.
105. בספרות המשפטית הישראלית הסוקרת את הדין בעולם ובארץ, אין התייחסות לדרישה של כוונה, אלא לדרישה של השפעה וצפיות סבירה.
106. ראו את הסקירה של הדין ההשוואתי בספרם של פרופ' אריאל אזרחי ופרופ' דיויד גילה, **דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים**, המייחדים לנושא האקסטרטוריאליות פרק שלם – "תחולתם האקסטרטוריאלי של דיני התחרות":

"14.3.2 דוקטרינת האפקט אומצה בארצות הברית, שם היא משמשת כבסיס לתחולתם האקסטרטוריאלי של דיני ההגבלים העסקיים על הסכמים או פעולות אנטי תחרותיות שהתרחשו מחוץ לגבולות ארצות הברית, ופוגעים בתחרות בשוק האמריקאי. בעניין Aluminum Co of America, הצהיר בית המשפט האמריקאי הפדרלי לערעורים, בבוחנו קרטל בין לאומי שבו השתתפו מספר חברות, כי כל מדינה רשאית להטיל אחריות בגין התנהגות שהתרחשה מחוץ לגבולות המדינה. בפסיקה מאוחרת יותר, אשר דנה בפעילות אנטי תחרותית חוצה גבולות, החיל בית המשפט את דוקטרינת האפקט באופן מסווג יותר. בית המשפט קבע כי לא די בקיומו של אפקט ישיר ומשמעותי בארצות הברית, אלא אף יש צורך להתחשב במשקלם היחסי של האינטרסים של ארצות הברית לעומת האינטרסים של מדינות מעורבות אחרות".

107. מאמר שהתפרסם לאחרונה בישראל, בעקבות החלטת בית המשפט קמא הנכבד בתיק דנן, מתייחס אף הוא לנושא תחולתו האקסטרטוריאלי של חוק התחרות הישראלי, ולהשלכתה של דוקטרינת ההשפעות על העניין. ראו: תמר אינדיג ומיכל גל, "דוקטרינת ההשפעות כבסיס לתחולה חוץ-טריטוריאלי של החוק הישראלי" (2020), ניתן לצפיה ב:

law.haifa.ac.il/index.php/he/mgal#%D7%A4%D7%A8%D7%A1%D7%95%D7%9E%D7%99%D7%9D

פרק י – זרישת הישירות בהקשר של קרטל תשומות

108. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה התנאי של ישירות נועד להוציא השפעה אגבית וזניחה. אין בו כדי למנוע את תחולת החוק מקום שהתיאום נעשה לגבי רכיב במוצר ("קרטל תשומות"), אשר נמכר ליצרנים מחוץ לישראל והוטמע במוצר שנמכר בארץ, ובלבד שמתקיימת השפעה משמעותית וניתנת לצפיה. היועץ המשפטי לממשלה יסביר את הדברים.

109. מטבע הדברים, לקרטל תשומות עלולה להיות השפעה משמעותית על מחיר המוצר הסופי. הניזוק הממשי והישיר מקרטל תשומות הוא לרוב הצרכן הסופי עליו מגולגלות עלויות ייצור המוצר, משמע מחירי התשומות שמשלם היצרן. אם הצרכן הסופי לא יכול לתבוע את חברי הקרטל על הנזק שנגרם לו, הרי, יש בכך משום מתן פתח מילוט לשותפים לקרטל תשומות, ללא הצדקה. הגנה על התחרות בשוק בו נמכר המוצר הסופי מחייבת איפוא הגנה גם מפני קרטלי תשומות. ראו כדוגמא את הנטען בעניין הצלחה (רע"א 925/17 הצלחה נ' AU Optronic).

110. הישירות היא למעשה מבחן של **סיבתיות** בין ההתנהגות המעוולת לבין ההשפעה. השפעת קרטל, גם אם היא עוברת דרך חוליות שונות בשרשרת אל השוק המקומי, היא השפעה ישירה. השפעה עקיפה היא השפעה שאינה נובעת במישרין מהקרטל, אלא היא תוצר לוואי שלו (למשל, על דרך של מניעת יתרונות לגודל לשחקן שאינו חלק מהקרטל, או כאשר קרטל הנוגע לכלכלת מדינה אחת מקטין את התמריץ של חברות לפעול במדינה שאינה מושפעת מהקרטל).

111. ראו בהקשר זה את פסק הדין של בית משפט לערעורים בארצות הברית בעניין Minn- : Chem v. Agrium Inc., 683 F.3d 845, 857 (7th Cir. 2012)

"The word 'direct' addresses the classic concern about remoteness—a concern, incidentally, that has been at the forefront of international antitrust law at least since Judge Hand wrote in *Alcoa* that '[w]e should not impute to Congress an intent to punish all whom its courts can catch, for conduct which has no consequences within the United States.'" 148 F.2d at 443; see also *LSL Biotechs.*, 379 F.3d at 683–91 (Aldisert, J., dissenting) (tracing the history of the FTAIA's effects test through *Alcoa*). Just as tort law cuts off recovery for those whose injuries are too remote from the cause of an injury, so does the FTAIA exclude from the Sherman Act foreign activities that are too remote from the ultimate effects on U.S. domestic or import commerce".

פרק י"א – בחינת התנאים לתחולת החוק ונטל הראיה בהליך של גילוי מסמכים

112. היועץ המשפטי לממשלה מבקש עוד לעמוד בעמדה זו על היבטים הנוגעים לאופן בחינת התקיימותם של התנאים האמורים, ולהעיר בהקשר זה מספר הערות.

113. כפי שציין בית המשפט קמא הנכבד, ההלכה היא, כי בנוסף להתקיימות התנאים של רלוונטיות, יעילות ואי הכבדה, הנדרשים בכל בקשה לצו גילוי מסמכים, "כאשר העותר למתן הצו הוא בעל הדין שהגיש את בקשת האישור, נדרשת התקיימותו של תנאי נוסף והוא – שמבקש הצו העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיומם של התנאים הנדרשים לאישור התובענה הייצוגית".
114. הרף הנדרש הוא איפוא קיום של ראיה ראשונית, ומובן כי הוא נמוך משמעותית מזה הנדרש לאישור תובענה ייצוגית, שהרי תכלית הבקשה לגילוי מסמכים היא לסייע לבקשה לאישור התובענה. דרישה נוספת זו תכליתה להראות שבקשת האישור אינה בקשת סרק. עם זאת נראה, כי הרף הנדרש כדי למנוע סילוק על הסף של תובענה (שמקובל להשוות אליו את הרף הנדרש בשלבים השונים של בירור בקשת אישור) אינו מספיק, שכן רף זה הוא במהותו משפטי (שאם יוכח כל האמור בתובענה תקום עילה), בעוד שהרף הנדרש לשם גילוי מסמכים הוא רף ראייתי. עם זאת, המדובר ברף ראשוני בלבד.
115. לאור הדרישה לעמוד ברף ראייתי של קיום עילה, בחן בית המשפט קמא גם את תחולת חוק התחרות על תיאום המחירים המתואר בתובענה וקבע, כי לא הוכחה השפעה משמעותית ומכוונת. בהקשר זה העלה בית המשפט ספק באשר לקבילותה של החלטת האיחוד האירופי, אך השאיר שאלה זו בצריך עיון. עם זאת ציין, כי החלטת האיחוד האירופי אינה מזכירה את ישראל, והיא נוגעת לתחום האיחוד האירופי. כמו כן ציין, כי המבקש לא צירף חוות דעת המוכיחה את קיומה של השפעה, אלא חוות דעת המציגה מתודולוגיה לחישוב ההשפעה. עוד הסתמך בית המשפט קמא הנכבד על חוות הדעת מטעם המשיבים לפיה לא היתה לאירועים השפעה על המחירים בארץ, מבלי שפירט, על בסיס מה נשללה קיומה של השפעה כזו.
116. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מקום שהוכח כי התקיים תיאום מחירים בין תאגידים מחוץ לארץ לגבי מוצר הנמכר על ידי אותם תאגידים ליבואנים המייבאים אותו לישראל, וחלקו של המוצר של הנתבעות משמעותי ביחס לכלל המוצרים בשוק הרלוונטי בארץ, וניתן היה לצפות באופן סביר את הגעתו לישראל, הרי קיימת ראיה ראשית לקיומה של השפעה משמעותית הניתנת לצפיה. מכירה ישירה ליבואנים המייבאים את המוצר לארץ עונה על דרישת הצפיות. לצורך השלב המיקדמי של גילוי מסמכים, די בנתונים אלה, ואין צורך לברר לעומק את הטענות מזה ומזה באשר לקיומה בפועל של השפעה, ולכך שפוטנציאל ההשפעה לא נוטרל על ידי גורמים אחרים. בירור כזה הוא עניין לבירור התובענה גופה. אין לדרוש הוכחה של התובענה כולה לצורך קביעה מיקדמית באופיה שהחוק חל על התובענה, ובוודאי שאין צורך בבירור כזה כדי לקבוע כי קיימת הוכחה ראשית לתובנה, כנדרש בשלב הבקשה לגילוי מסמכים.

117. בנוסף, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בשלב מיקדמי זה של הבקשה לגילוי מסמכים, ניתן להסתמך על החלטה של נציבות זרה. הדבר נתון כמובן לשיקול דעת בית המשפט, בהתבסס על מעמדה ואמינותה של החלטה זו.

118. וראו החלטת בית משפט נכבד זה (כבוד השופטת ברוך), בעניין **מוקד**.³¹ במקרה זה השיגה המבקשת על דחיית בקשתה למחוק מהבקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית של המשיבים, דוחות ביקורת שערך נציב קבילות הציבור במשרד הבריאות, וזאת בטענה כי אינם קבילים, וכן בטענה שהיו בגדר טיפוס לא סופית שטרם ניתנה עליה תגובת המבקשת. כמו כן, השיגה המבקשת על מתן צו לגילוי "כל המכתבים, תכתובות, הודעות וכיוצא בזה שנערכו מול משרד הבריאות בקשר לאירועים מושא התובענה". בית משפט נכבד זה דחה את בקשת רשות הערעור וקבע, כי שאלת קבילותם של הדוחות היא עניין להכרעה במסגרת בקשת האישור גופה ולא באופן מקדמי. בהתאם לכך דחה גם את ההשגה על הצו לגילוי המסמכים הקשורים באותן דוחות:

"אנוש סבורה כי יש לדון ולהכריע כבר עתה, בשלב מקדמי של הדיון בבקשת האישור, בשאלת קבילותם של דוחות משרד הבריאות שצורפו על ידי המשיבים לתגובתם לתשובה לבקשת האישור – ולאחר שייקבע כי הדוחות אינם קבילים, להורות על משיכתם מתיק בית המשפט ועל מחיקת כל התייחסות לדוחות בתגובה לתשובה. לכך לא ניתן להיעתר – בראש ובראשונה לנוכח המגמה השלטת בדיני ראיות שלפיה יש להימנע מסילוק על הסף של ראיות מחמת אי-קבילות, ולאפשר לבית משפט להתייחס לראיות שהובאו לפניו בהתאם לתוכנן ולמשקלן. וכבר הוברר כי "דיני הראיות מצויים בתהליך מתפתח של העברת הדגש משאלות של קבילות פורמלית וממבחני קבילות נוקשים לשאלות של מהימנות ומשקל הראיות" (ע"א 8493/06 עיזבון המנוח ציון כהן ז"ל נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, [פורסם בנבו] פסקה 23 (17.10.2010); כן ראו: ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 32 (10.9.2006)). על אחת כמה וכמה שאין מקום להורות על סילוקן על הסף של ראיות שהוגשו במסגרת דיון בבקשת אישור תובענה כייצוגית – וככלל מן הראוי להותיר את בירורן של טענות בנוגע לקבילות ומשקל הראיות להחלטה בבקשת האישור לגופה. כידוע, הליך אישור התובענה כייצוגית הוא הליך מקדמי כשלעצמו, ופיצולו לתתי הליכים מביא לסרבולו ופוגם ביעילותו – וזה המצב גם בענייננו (ראו והשוו לסילוק על הסף של בקשת אישור: רע"א 7667/17 רוזנצוויג נ' חזן, [פורסם בנבו] פסקה 8 (3.12.2018)). כפי שהבהיר בית המשפט המחוזי בהחלטתו בבקשת המחיקה, טענותיה של אנוש בנוגע לקבילותם ולמשקלם של דוחות משרד הבריאות שמורות לה – והן יידונו לגופן כאשר יידרש בית המשפט המחוזי להכריע בבקשת האישור; בתוך כך אף התיר בית המשפט לאנוש לצרף לתשובתה לבקשת האישור דוחות מעודכנים, אם וכאשר יחול שינוי בעמדת משרד הבריאות בנוגע לדוח המסכם.

הנה כי כן, המסקנה היא שאין כל הצדקה להתערבות בהחלטה בבקשת המחיקה; ומשכך, ממילא אף אין מקום להתערב בהחלטת הגילוי – שאין ולא יכול להיות חולק כי היא "נגררת" להחלטה בבקשת המחיקה".

³¹ רע"א 737/20 מוקד אנוש בע"מ נ' יפה מאיר (פורסם באר"ש, 15.3.20).

119. עוד יוסיף היועץ המשפטי לממשלה, כי הבקשה לגילוי מסמכים היא הליך ביניים, במסגרת בקשת אישור המהווה לכשעצמה הליך ביניים. ההלכה היא כי בהליך ביניים הדרישות הראייתיות הן מקלות, וניתן להסתמך גם על ראיות שאינן קבילות בהליך עצמו. אין בכך משום הבעת עמדה באשר למעמדה של החלטת הנציבות הזרה בתובענה עצמה.

120. ראו בעניין זה:

"נראה, כי המכנה המשותף המאחד את כל ההליכים הללו משתקף בהתייחסות מרוכבת לתצהיר כראיה גם בלא חקירת עורכו וזאת מאחר שמדובר בהליכי ביניים, שאינם נימנים על ההליך העיקרי, וכאמלה אינם חורצים באופן סופי את גורלו של המשפט, ואת גורלה של התשתית הראייתית שעל פיה נקבעת באופן סופי מערכת הזכויות והחובות של בעלי הדין. בהליכי ביניים שאינם חורצים את גורל המשפט, עשוי, אפוא, התצהיר לשמש נדבך ראייתי גם בלא זמינות עורכו לחקירה וזאת – בהתקיים נסיבות המצדיקות ויתור על חקירה כאמור... פועל יוצא מהדברים האמורים הוא, כי בהליכי ביניים, ובבקשה לרשות להגן בכלל זה, מעמדו של התצהיר הנילווה לבקשה אינו זהה למעמדו של תצהיר המוגש כראיה, בבחינת תחליף לעדות בחקירה ראשית במשפט. תצהיר הנילווה להליך ביניים מסוג זה או אחר, נועד בעיקרו לתמוך את עילות הבקשה וטעמיה בהצהרת המצהיר, ולתת משקל של אמינות לעיקריה, ולהצביע בכך שטענותיו בבקשה אינן טענות סרק. אין מטרת תצהיר כזה לשמש ראיה עצמאית במשפט, בבחינת תחליף לעדות ראשית המובאת כאחת מראיות המשפט, אלא להוות חיזוק לטענות הנטענות בבקשת ביניים. הדבר שונה בתצהיר המהווה תחליף לעדות ראשית במשפט, אשר נועד להוכיח עובדות מטריאליות לתביעה או להגנה, ואשר בלא העמדת המצהיר למבחן החקירה הנגדית, יתקשה בית המשפט בקביעת ממצאי עובדה".³²

121. וראו תקנה 521 לתקנות סדר הדין האזרחי המתירה הגשת תצהיר הכולל דברים "לפי מיטב אמונתו של המצהיר", המהווה למעשה עדות שמיעה כחלק ממגמת ההקלה בבקשות ביניים. כך בספרו של כב' הנשיא בדימוס זוסמן:

"לפיכך, עדות שמיעה פסולה בתצהיר כדרך שהיא פסולה בהעדת עדים, ותקנה 521 מורה בפירוש, כי תצהיר יכול "רק עובדות שהמצהיר יכול להוכיחן מתוך ידיעתו הוא". ואולם בתצהיר שהוגש לתמיכה בבקשות ביניים מותר גם להביא דברים "לפי מיטב אמונתו של המצהיר" (to the best of his belief), ובלבד שיציין את הנימוקים לכך. ההיתר להבאת דברים לפי מיטב אמונתו של מצהיר מיועד להקל על בעל דין, המבקש (או המתנגד) לסעד ארעי, כגון צו מניעה זמני או עיקול זמני, שאיננו קובע זכות מזכויות בעלי הדין, אלא רק שומר על המצב הקיים עד שיהא סיפק בידי בית המשפט לפסוק בגוף העניין".³³

122. בהתאם לכך, הגשת ראיה בהליך ביניים אינה ערובה לקבילותה בהליך העיקרי:

"עובדה זו בלבד, שראיה הוגשה בהליך ביניים, אינה מכשירה אותה לראיה בהליך העיקרי אם לפי הדין היא אינה קבילה. לפיכך רשאי בעל הדין שכנגד להתנגד להבאת הראיה, למשל, מן הטעם שהיא מהווה עדות שמיעה. מכח תקנה 521 רשאי אדם, בהליך ביניים, להצהיר גם לפי מיטב אמונתו ובלבד שיפרט את מקורות

³² ע"א 8493/06 עיזבון המנוח ציון כהן ז"ל נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד סד (2) 256 (2010).
³³ יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי, בעמוד 716 (מהדורה שלישית, 1995).

ידיעתו, אך בהליך העיקרי יכול והראיה לא תהא קבילה ובעל דין שכנגד רשאי להתנגד להגשתה לפי תקנה 246(ב) נ"י.³⁴

123. בהקשר זה יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי לפני בית משפט נכבד זה תלויות ועומדות בקשות רשות ערעור (בר"ע 3183/20, 3185/20 ו-3186/20 אל-על נ' הצלחה ואח'), על החלטת בית המשפט קמא הנכבד (כבוד השופט גרוסקופף) בת"צ (מרכז) 10538-02-13 **עמותת הצלחה לקידום חברה הוגנת נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ**.

124. בהחלטה זו אושר ניהול תובענה כייצוגית, על בסיס החלטה של נציבות זרה, תוך שנקבע כי ניתן לעשות בה שימוש בשלב הדיון בבקשת האישור, לנוכח סירובן של הנתבעות למסור מידע. באותו עניין נדונה בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית נגד אל-על ו-3 חברות תעופה זרות (בריטיש איירווייז, לופטהאנזה וסוויס אייר) שהיו חברות בקרטל לתיאום מחירי שילוח לישראל וממנה. הבקשה התבססה על הליכים פליליים ואזרחיים זרים בהם הודו המשיבים במעשים המיוחסים להם.

125. היועץ המשפטי לממשלה הוא צד להליכים האמורים. במסגרת עמדה זו לא יתייחס איפוא היועץ המשפטי לממשלה להחלטה האמורה העוסקת בשלב של אישור התובנה בו נדרש רף גבוה יותר. עמדה זו מתייחסת לרף הנדרש בשלב של גילוי מסמכים הנדון בענייננו.

סיכום

126. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, חוק התחרות, על פי תכליתו הברורה, חל גם על התנהגות של זרים הנעשית מחוץ לגבולות המדינה, בהתאם לדוקטרינת ההשפעות המקובלת בעולם.

127. בהתאם לכך, ובשים לב למקובל בעולם, החוק חל על התנהגות שיש לה השפעה משמעותית, ישירה וניתנת לצפיה על התחרות בישראל. לא נדרש, כי ההתנהגות תהיה מכוונת להשפיע על השוק הישראלי דווקא, אלא נדרשת צפיות להשפעה כזו.

128. הצפיות הנדרשת היא צפיות סבירה, משמע אובייקטיבית. הדרישה לישרות מבטאת את הדרישה הנזיקית המקובלת של סיבתיות. החוק עשוי לחול גם על קרטל תשומות, כל עוד מתקיימת הצפיות הסבירה.

129. בהקשר של הדרישה להשפעה, אין היועץ המשפטי לממשלה נדרש במסגרת עמדה זו לשאלה אם די בעלילות להשפעה על התחרות.

³⁴ שם, בעמוד 496 (מהדורה שלישית, 1995).

130. לבסוף, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בשלב הבקשה לגילוי מסמכים ניתן להסתמך על החלטה של נציבות זרה. הדבר נתון כמובן לשיקול דעת בית המשפט, בהתבסס על מעמדה ואמינותה של אותה החלטה.



יעל מימון, עו"ד

ממונה על עניינים אזרחיים

בפרקליטות המדינה