

התובע

(המבקש)

הצלחה - התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר)

ע"י ב"כ עו"ד עמית מנור

מרחוב ברקוביץ 4, מגדל המוזיאון, תל אביב, 6423806

טל': 03-6075001; פקס: 03-6075029

- נ ג ד -

הנתבעות

(המשיבות)

1.

אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד אגמון ושות', רוזנברג הכהן ושות', עורכי דין

מדרך אגודת ספורט הפועל 1, הגן הטכנולוגי, בנין 1, כניסה ג',

מלחה, ירושלים, 92149

טל': 02-5607607; פקס: 02-5639948

2.

British Airways PLC

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד ש. הורוביץ ושות' עורכי דין

מרחוב אחד העם 31 תל אביב 65202

טל': 03-5670700; פקס: 03-5660974

3.

Deutsche Lufthansa AG

4.

Swiss International Air Lines Ltd.

שתיהן ע"י ב"כ עו"ד ממשרד פישר, בכר, חן, וול, אוריון ושות', עורכי דין

מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב, 6473104

טל': 03-6944141; פקס: 03-6941351

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)

מדרך מנחם בגין 154, בית קרדן, תל אביב, 6492107

טלפון: 073-3736173; פקס: 073-3736483

סיכומים מטעם היועץ המשפטי לממשלה

היועץ המשפטי לממשלה, מתכבד בזאת להגיש סיכומים במסגרת ההליך שבכותרת.

א. כללי

1. עניינה של התובענה הייצוגית שבכותרת הוא תיאום בין חברות תעופה, ובכללן המשיבות, בעניין תוספות שונות (ובין היתר, תוספת דלק, תוספת בטחון, תוספת מלחמה ותוספת מכס) למחיר שירותי הובלה אווירית של מטענים בין השנים 2000 - 2006, אשר על פי הנטען תואמו בין המשיבות לבין עצמן ובין לבין חברות נוספות.
2. היועץ המשפטי לממשלה הודיע על התייצבותו להליך שבכותרת, מכוח סמכותו על פי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].
3. כמו כן ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, הגיש היועץ המשפטי לממשלה, ביום 7.9.2014, את עמדתו, לעניין הסוגיות העולות במסגרת התובענה שבכותרת והנוגעות לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן בהתאמה: "**עמדת היועץ המשפטי לממשלה**" ו"**חוק ההגבלים העסקיים**" או "**החוק**").
4. בית המשפט הנכבד מופנה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שהוגשה במסגרת ההליך שבכותרת ולטיעונים ולנימוקים המובאים בהרחבה שם. להלן יתן היועץ המשפטי לממשלה דגשים לעמדתו וכן יתייחס לטיעונים שהעלו הצדדים במסגרת סיכומיהם והנוגעים לעמדת היועץ המשפטי לממשלה.

ב. עיקרי עמדת היועץ המשפטי לממשלה

5. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי יש עניין ציבורי ממשי בהכרה במעמדו של צרכן עקיף כבעל עילה מוכרת בעוולות הנוגעות לתיאום מחירים בין מתחרים, ולכל הפחות במניעת שלילה גורפת של מעמד זה. כמפורט בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שלילת יכולתו של צרכן עקיף לתבוע פיצוי על נזק שספג כתוצאה מגביית מחיר קרטליסטי, תפגע ביכולת האכיפה וההרתעה ביחס למפרי החוק, ותשלול, בלא סיבה מוצדקת, את זכותו של ניזוק לקבל פיצוי על נזקו. לדעת היועץ המשפטי לממשלה, יש להכיר בעילתו של צרכן עקיף בין אם הוא מסווג כניזוק ישיר או כניזוק עקיף. גם אם יסווג הצרכן כניזוק עקיף, הרי שמתקיימים בו החריגים המכירים בזכותו לתבוע ולקבל פיצוי. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, אין מקום לאמץ בדין הישראלי את דוקטרינת הצרכן העקיף הקיימת במשפט הפדראלי האמריקאי, כפי שתפורט בהמשך.
6. באשר לטענות לתחולת סעיף 3(7) לחוק, בניגוד לטענת המשיבות, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי חובת ההודעה לשר, שלא מולאה על ידי המשיבות, אינה בבחינת הוראה טכנית ו"אות מתה". בפרספקטיבה רחבה יותר, אם תתקבל טענת המשיבות יהיה בכך כדי להשליך על פרשנות יתר הסייגים המנויים בסעיף 3 לחוק, כלומר להביא ליישום פרשנות מרחיבה ביחס לתחולת הסייגים להגדרת הסדר כובל, ובכך לצמצם את תחולת החוק ולהפחית את מידת ההגנה שלו זוכה האינטרס הציבורי בתחרות.
7. מעבר לאמור לעיל, קיימת חשיבות ציבורית מיוחדת בעידוד תובענות ייצוגיות שעניינן הסדרים קרטליסטיים בכלל, והסדרים קרטליסטיים בינלאומיים בפרט.
8. מכשיר התובענה הייצוגית מהווה אמצעי משלים לסמכויות הפליליות והמנהליות המצויות בידי הרשויות, וביניהן הרשות להגבלים עסקיים (להלן: "**הרשות**"). מעבר לתפקידה הציבורי

החשוב בהעברת פיצוי לניזוקים, התובענה הייצוגית, היא אמצעי אכיפה משלים, במקרים שבהם התנהלות מסוימת של מנהלי עסקים לא הגיעה לידיעת רשות ההגבלים העסקיים, לא נבדקה על ידיה או כאשר לא נמצא בסיס מספיק, בהתחשב במכלול השיקולים וסדרי העדיפות העומדים לפני הרשות, לפתיחה בחקירה או הפעלת סמכויות אחרות. הגברת היקף החשיפה הכספית של מעולי הגבלים עסקיים והגברת ההסתברות, כי יידרשו לשאת באחריות על עוולתם, חשובה מאד לשם הרתעת מנהלי עסקים מהסדרים קרטליסטיים.

9. הדברים נכונים שבעתיים ביחס לקרטלים בינלאומיים. ככלל, קרטלים בינלאומיים נתבעים רק בחלק מהמדינות שבהן הם מתקיימים והתשלומים הכספיים המושגים עליהם בהליכים מנהליים ואזרחיים נוגעים אך ורק לנזק שגרם הקרטל באותן מדינות. מסיבות אלו קיימת תת אכיפה בכל הנוגע לקרטלים בינלאומיים, דבר המוביל להחלשת ההרתעה של מנהלי עסקים בינלאומיים מהתקשרות בקרטל. קיימת גישה, כי הפתרון לבעיית תת האכיפה ימצא בהגמשת הדרישות הראייתיות בכל הנוגע לקביעות של ערכאות במדינות אחרות בדבר קיומו של קרטל, וזאת בתנאי שאותן הכרעות שיפוטיות עומדות בקריטריונים המבטיחים שהסתמכות כזאת היא סבירה והוגנת. כך, מוצע להקל על אימוץ פסקי דין זרים בעניין קרטלים בינלאומיים [ראה Michal S. Gal, Free Movement of Judgments: increasing Deterrence of International Cartels through Jurisdictional Reliance, 51 *Virginia Journal of International Law*, 57].

10. חשיבות ההרתעה, כאמור לעיל, מתעצמת בכל הנוגע לקרטלים בינלאומיים שבהם כל החברות, או חלקן, הן חברות זרות. קרטלים מסוג זה, מעצם טיבם, קשים לאיתור, אכיפה והעמדה לדין בישראל. הגורמים הנוגעים בדבר מצויים מחוץ לישראל, הרכיב העובדתי של הקרטל, כדוגמת פגישות בין נציגי החברות, מתקיים מחוץ לישראל, משרדי החברות מחשביהן וארכיוניהן נמצאים אף הם הרחק מהישג ידה של זרוע אכיפה ישראלית. ניהול חקירה בינלאומית, לרבות זימון נושאי תפקיד לחקירה, תפיסת מסמכים וכיו"ב אמצעי חקירה, וכן ניהול הליך משפטי נגד המעורבים הזרים, כרוך בקשיים משפטיים ולוגיסטיים משמעותיים ביותר המקהים את הטעם בניהול הליכי אכיפה פליליים ובמידה מסוימת גם מנהליים. בנסיבות אלו, כאשר זרוע האכיפה הציבורית חלשה יחסית, יש אינטרס ציבורי מיוחד בעידוד אכיפה פרטית כלפי החברות בקרטלים בינלאומיים.

11. כאמור בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, גם בסיכומים אלה לא תובא התייחסות ליתר הסוגיות השנויות במחלוקת בין המבקשת והמשיבות ובכלל זה למחלוקת העובדתית ביניהן. הקרטל הנטען על ידי המשיבות לא נחקר על ידי רשות ההגבלים העסקיים ואין בידיה תשתית עובדתית עצמאית בנוגע לקרטל המיוחס למשיבות. עמדת היועץ המשפטי לממשלה אף אינה מתייחסת לחוות הדעת הכלכליות שהוגשו מטעם הצדדים, לשיעור הנזק הנטען והמתודולוגיה לחישובו.

12. עוד יודגש, כי העובדה שרשות ההגבלים העסקיים לא חקרה את הפרשה בזמנו וממילא לא ניהלה הליכים פליליים או מנהליים נגד המשיבות אינה גורעת מחשיבות העניין הציבורי שבבירור התובענה ובוודאי שאינה מעניקה להתנהלות המשיבות חותמת כשרות.

ג. טענות המשיבות בסיכומיהן לגבי עמדת היועץ המשפטי לממשלה

13. לטענת המשיבות, הדין מכיר בעילתו של ניזוק ישיר בלבד. המשיבות מוסיפות, כי צרכן עקיף הינו, בהכרח, ניזוק עקיף ומשכך אינו זכאי לפיצוי.
14. המשיבה 1 אף טוענת בסיכומיה, כי ההלכה שחלה בנושא בארצות הברית, יפה ומתאימה גם בישראל וכי יש לשים דגש מיוחד על השיקול השני שעומד בבסיס ההלכה האמריקנית שנקבעה בהלכת Illinois [ראה] Illinois [431 US 729 (1977)]. המשיבה 1 אף מציינת בסיכומיה, כי אם יקבע בסופו של יום, כי לנפגעים עקיפים צריכה להיות זכות תביעה בעילות הגבליות, הדבר חייב להיות מוסדר בחקיקה פרטנית שתוודא את קיומם של מנגנוני הגנה על הנתבע מפני כפל פיצוי ותסדיר את הפרוצדורה המדויקת לבירור נזקים.
15. לטענת המשיבה 2, המבקשת לא הוכיחה נזק בר תביעה ל"נפגעים הישירים" או ל"נפגעים העקיפים". לטענתה, בין שתי הקבוצות האלו קיים ניגוד אינטרסים ברור ומובהק. כמו כן, טוענת גם המשיבה 2, בהסתמך על ההלכה החלה בארצות הברית, כי "רוכש עקיף" של מוצר או שירות אינו יכול לתבוע את מי שאינו מצוי עמו בקשר ישיר. המשיבה 2 אף טוענת בסיכומיה, כי גם אם תוכר עילת התביעה של "הנפגעים העקיפים", יידרש דיון כלכלי מורכב ומסובך בשאלת "חלוקת הנזק" בין כלל חברי תת-קבוצה זו.
16. המשיבות 3 ו-4 גם הן סבורות, כי ההכרה בעילת התביעה של ניזוק עקיף מעוררת קשיים וביניהם, הקושי לקבוע איזה חלק מהנזק ספג הספק ואיזה גולגל לצרכן העקיף. המשיבות 3, 4 נסמכות גם הן על הדין בארצות הברית, השולל עילת תביעה של צרכן עקיף. לטענת המשיבות 3 ו-4 הדין הישראלי לא הכיר באופן מפורש בזכותו של צרכן עקיף לפיצוי בגין נזק שנגרם לו עקב הפרה של דיני ההגבלים העיסקיים. גם המשיבות 3, 4 סבורות, כי אין להכיר בדוקטרינת הצרכן העקיף, כל עוד אין בדין הגנות מפורשות וברורות בעניין זה, המונעות את הקשיים הגלומים בה.

ד. עילתו של צרכן עקיף – מערך השיקולים

17. צרכן עקיף הוא צרכן של מוצר או שירות שאינו רוכש את המוצר או השירות ישירות מן הספק. הצרכן העקיף יכול, אך לא חייב, להיות הצרכן הסופי של המוצר.
18. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, דוקטרינת הצרכן העקיף, עליה נסמכות טענות המשיבות, שזכתה לביקורת רבה, אינה מתאימה ליישום במשפט הישראלי.
19. בעמדה שהגיש היועץ המשפטי לממשלה - נסקר, בקצרה, מערך השיקולים הרלוונטיים והוסבר, כי הדין הישראלי אינו שולל את מעמדו של צרכן עקיף שניזוק כתוצאה מתיאום מחירים בין מתחרים.
20. כאמור בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיימים מספר שיקולים הרלוונטיים למבצעי העוולה ההגבלית: שיקולי הרתעה, שיקולי יסוד נפשי, שיקולי התנהלות נסתרת, שיקולים באשר להיקף האחריות; הכל כמפורט בעמדת היועץ המשפטי לממשלה.
21. כאמור בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיימים בנוסף, מספר שיקולים רלוונטיים לניזוקים מהעוולה: עקרון הצדק המתקן או השבת המצב לקדמותו, העובדה שהצרכנים (ישירים

ועקיפים (כאחד) אינם יוצרי סיכון, העובדה שהצרכנים הישירים אינם "סוכני פיצוי" של צרכנים עקיפים ואינטרס ההגנה על הצרכנים שהנו אינטרס מרכזי בדין הישראלי.

22. שיקולים נוספים שפורטו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הנם שיקולים הרלוונטיים להגדרת הנזק: לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ככלל, הנזק מתיאום מחירים הינו, בעיקרו, נזק כלכלי טהור והכרה בעילתו של צרכן עקיף בעוולה הגבילית אינה מגדילה את היקף הפיצוי בגין העוולה. כפי שהורחב בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הכרה בעילתו של צרכן עקיף אינה מגדילה את היקף הפיצוי, שכן שיעור הנזק – ההפרש בין המחיר התחרותי למחיר "המקורטל" – נשאר קבוע, ללא קשור לזהות התובעים. משכך, הכרה זאת אינה מעוררת חשש לפיצוי כפל, אלא מאפשרת את חלוקת הפיצוי בצורה הוגנת בין הניזוקים השונים ומגבירה את הסיכוי שהמעוול יישא במלוא האחריות לנזק שגרם.

23. כאמור בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיימים גם שיקולים הנוגעים להיבט המערכתי: לצורך בחינתם של היבטים מערכתיים, חשוב להידרש למטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות") הקבועות בסעיף 1 לחוק התובענות הייצוגיות:

"מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."

24. בית המשפט עמד לא אחת על חשיבותה של התובענה הייצוגית במערך הכולל של האכיפה האזרחית [ראה, למשל ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, (פורסם בנבו, 4.12.2011) פסקה 21; ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל (פורסם בנבו, 7.6.2007)].

25. כך, בית המשפט פסק, כי "אין להתייחס אל התובענה הייצוגית כאל בן חורג. יש לראות בה אמצעי חשוב להגשמת זכות הפרט והכלל" [רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5)774, 791].

26. התכלית שביסוד כלי התובענה הייצוגית בדין הישראלי, מחייבת הכרה בעילת תביעה לתובע העקיף, על פני הקניית מלוא זכות התביעה לצרכן הישיר. הענקת זכות התביעה לתובע הישיר בלבד אינה עולה בקנה אחד עם קידום מימוש זכות הגישה לערכאות ועם מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין, ועונה באופן חלקי בלבד על תכלית ההרתעה.

27. מעבר לכך, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, הכרה בעילתו של צרכן עקיף לא תטיל עומס מיוחד או סרבול חריג שבתי המשפט הדנים בתובענות ייצוגיות לא יוכלו להתמודד עמו. היא עשויה אמנם להביא לגידול בהיקף התובענות הייצוגיות בתחום ההגבלים העסקיים, אולם נוכח תת האכיפה בתחום זה, בגידול זה תהיה צפונה ברכה רבה.

28. יובהר, כי מטבע הדברים, רשימת שיקולים אלה שפורטה לעיל, אינה סגורה.

ה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה אומצה בפסיקת בית המשפט המחוזי

29. בית המשפט העליון עדיין לא הכריע בשאלה האם זכות התביעה בדיני הגבלים עסקיים עומדת גם 'לצרכן העקיף'. יחד עם זאת, עמדת היועץ המשפטי לממשלה אומצה בפסיקת בית המשפט המחוזי.

30. בת"צ 46010-07-11 נאור נגד תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2016) (להלן: "עניין תנובה") נדונה בקשה שהוגשה על רקע "מחאת הקוטג' ובה נטען, כי בתקופה שמחודש מרץ 2008 ועד חודש יולי 2011 קבעה תנובה מחיר מופרז לגבינת הקוטג', המלמד על פגיעה בציבור, תוך ניצול לרעה של מעמד המונופולין של תנובה בשוק החלב ובפרט, בשוק צרכני גבינת הקוטג'.

31. באותו עניין, טענה תנובה, כי דוקטרינת הצרכן העקיף מונעת מהמבקשת באותו מקרה לתבוע את תנובה. תנובה הפנתה את בית המשפט לפסיקה בבתי משפט הפדראליים בארצות הברית, שהתבססה על החשש שהנתבע יאלץ לשלם יותר מן הנזק הישיר שנגרם, משום שיתבע על ידי הנפגע הישיר וגם על ידי הנפגע העקיף וכן, בירור מורכב מדי של השאלה שעלול לפגוע באכיפת דיני ההגבלים העסקיים.

32. בית המשפט הסתמך באותו עניין על עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה במסגרת התיק שבכותרת – עמדה התומכת, כאמור, במתן זכות תביעה לצרכן העקיף בעוולות תיאום מחירים.

33. לאחר סקירה וניתוח של עמדת היועץ המשפטי לממשלה, התייחס בית המשפט הנכבד גם לדירקטיבה האירופית שנתקבלה מאז הגשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה ביחס להליך שבכותרת. סעיפים 12, 13 ו-14 בדירקטיבה קובעים, כי הזכות לתבוע מפר של דיני תחרות עומדת ללא קשר לשאלה אם התובע רכש את המוצר ישירות מן המפר, ובלבד שהמפר לא ישלם יותר מכפי הנזק שגרם. הדוקטרינה מקנה שיקול דעת לבתי המשפט לקבוע מהו הנזק שנגרם ע"י "גלגול" המחיר או חלקו אל הצרכנים. נטל ההוכחה להראות שהתובע לא סבל נזק בשל הגלגול מוטל על הנתבע.

34. בית המשפט בעניין תנובה הסביר, כי בנוסף, נקבעה בדירקטיבה חזקה, שלפיה אם יוכח שהתקיימו שלושת התנאים הבאים - הנתבע הפר את דיני התחרות; תוצאת ההפרה היא מחיר מופרז לרוכש הישיר; והרוכש העקיף רכש את המוצר או השירות שנמכרו תוך ההפרה או נבעו ממנה - הרוכש העקיף יוכיח שחלק מהנזק גולגל עליו. בית המשפט אף הדגיש, כי הסעיף לא יחול במקום שהנתבע יכול להראות, להנחת דעתו של בית המשפט, כי הרוכש לא גלגל את הנזק לצרכן העקיף התובע.

35. בסיום הניתוח, בית המשפט אימץ את השיקולים שהובילו את היועץ המשפטי לממשלה ליתן את עמדתו בתיק שבכותרת, ובלשונה של כבוד השופטת שטמר בסעיף 44 לפסק דינה:

"אני סבורה שאין מניעה בדין הישראלי כי הצרכן העקיף

יתבע את המפר בניזקין, כאמור לעיל."

36. עניין תנובה אוזכר בת"צ 41838-09-14 משה ויינשטיין נגד מפעלי ים המלח (פורסם בנבו, 29.1.2017) (להלן: "עניין ויינשטיין"). בהליך זה, נדונה בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, שעניינה בטענת המבקש, כי חברת מפעלי ים המלח ניצלה לרעה את כוחה

המונופוליסטי, על דרך של גביית מחיר מופרז ולא הוגן לאשלג, בניגוד להוראות חוק ההגבלים העסקיים.

37. בית המשפט הנכבד קבע בעניין ויינשטיין:

"השאלה האם זכות התביעה בדיני ההגבלים העסקיים עומדת גם ל"צרכן העקיף" טרם הוכרעה בבית המשפט העליון. ואולם, גם בעניין זה המגמה המסתמנת היא של אימוץ העקרונות המקובלים בדיני הקהילה האירופאית. בהחלטתה פורצת הדרך בעניין נאור נ' תנובה דנה חברתי, השופטת אסתר שטמר, גם בסוגיה זו, ופסקה כי "אין מניעה בדין הישראלי כי הצרכן העקיף יתבע את המפר בנזיקין... יתרה מזו: קיים חשש אמיתי שהצרכן הישיר יימנע מתביעה, בעיקר משום היחסים הישירים עם הספק. כך, קבלת הדוקטרינה של הצרכן העקיף הנהוגה בארה"ב תביא לאכיפה חסרה בתחומים שונים, ואולי דווקא בתחומים החשובים יותר, שבהם כוח השוק של המשיב גדול יותר" (פסקה 44). החלטה זו התבססה, בין השאר, על עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה זו (המבטאת גם את עמדת הרשות להגבלים עסקיים), כפי שהוגשה ביום 7.9.2014 בת"צ (מחוזי מרכז) 10538-02-13 הצלחה – התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ [פורסם בנבו] (להלן: "עניין הצלחה נ' אל על"). מאחר שתיק זה מתנהל עדיין לפניי, אשמור את ההתייחסות לעמדה זו למקום המתאים לה."

38. נראה אם כן, כי הגם שבית המשפט העליון טרם הכריע בשאלה האם זכות התביעה בדיני הגבלים עסקיים עומדת גם ל"צרכן העקיף", הרי שהמגמה המסתמנת הנה מגמה ברורה של אימוץ העקרונות המקובלים בדיני הקהילה האירופאית, כאמור בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שהוגשה במסגרת התיק שבכותרת.

1. מעמדו של הצרכן העקיף כניזוק ישיר או עקיף

39. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הדין הישראלי אינו שולל את מעמדו של צרכן עקיף שניזוק כתוצאה מתיאום מחירים בין מתחרים. כלל השיקולים הרלוונטיים נותחו, כאמור בעמדה שהגיש היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה, תוך התייחסות לדין החל בארצות הברית, לדירקטיבה האירופית שאומצה בינתיים ולהפניותיהן של המשיבות בכתבי טענותיהן לפסיקה הישראלית.

40. יוזכר, כי בדומה לעולות מסוג הפרת חובה חקוקה, ההבחנה בין ניזוק ישיר לניזוק עקיף, אינה "מכאנית", אלא נגזרת מן התנאי שהחובה החקוקה נועדה לטובתו או להגנתו של

הצרכן העקיף וההפרה גרמה לאותו צרכן נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק. במקרה כזה אין חשיבות לקשר הישיר בין המעוול והניזוק אלא לתכלית העוולה ולשאלה האם הנזק לצרכן העקיף (והכוונה בעיקר לצרכן הסופי) הוא מסוג הנזקים שהעוולה התכוונה להגן מפניהם. בעוולות לפי חוק ההגבלים העסקיים התשובה היא ללא ספק חיובית.

41. כאמור בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מטרת חוק ההגבלים העסקיים אינה להגן על ניזוקים ישירים אלא להגן על הציבור כולו, ובעיקר על הצרכנים הסופיים. כפי שקבע בית המשפט העליון, חוק ההגבלים העסקיים הוא ה'מגנא כרטא' של הגנת הצרכן [ראה ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5), 213, 230].

ז. הנזק הנגרם לצרכן העקיף שנפגע מהגבל עסקי

42. עיון בהיסטוריה החקיקתית של חוק ההגבלים העסקיים מגלה, כי כוונת המחוקק היתה להעניק פיצויים לצרכנים עקיפים שנפגעו מהגבל עסקי והדברים נותחו בהרחבה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה.
43. כאמור בעמדתו, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, לאור מכלול השיקולים, יש להכיר בעילתו של צרכן עקיף בנזקי תיאום מחירים, בין אם יסווג כניזוק ישיר של הקרטל ובין אם יסווג כניזוק עקיף, שמתקיים לגביו החרג המוכר ככלל הנזק המועבר (transferred loss), המתייחס למצב שבו הנזק שנגרם לניזוק הישיר מועבר לגורמים שלישיים. קשה לקבל חלוקה שרירותית כמעט בין צרכן ישיר לצרכן עקיף, אשר תשלול מהאחרון את עילתו.
44. כך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי בהיבטים רבים יש לראות את הצרכן העקיף כניזוק ישיר של עוולת תיאום מחירים. הצרכן העקיף אמנם לא רכש את השירות או המוצר ישירות מן המעוול, אולם מבחינות רבות, אין לכך משמעות רבה. כך למשל, מבחינת יכולתו של המעוול לצפות את הפגיעה בצרכן העקיף כהמשך טבעי לפגיעה בצרכן הישיר ולמנוע את הסיכון, אין הבחנה בין ניזוק ישיר וניזוק עקיף ואין חשש להרתעת יתר או של פגיעה בהגינות.
45. בהיבט טיב הנזק, שהוא כלכלי טהור, אין הבדל בין נזקו של הצרכן הישיר לבין נזקו של הצרכן העקיף. גלגול הנזק הכלכלי הטהור לכתפי אחר אינו משנה את אופי הנזק ואינו מוסיף לו ממד עצמאי, ייחודי, המשנה את שיקולי הטלת האחריות על המעוול. עילתו של הצרכן העקיף זהה לזו של הצרכן הישיר, היא "גולגלה" אליו ביחד עם גלגול הנזק. האם ניתן לומר שחלוקת הפיצוי בין הצרכן הישיר והצרכן העקיף על נזק שסבלו בגין עוולה הגבלית שונה מהותית מחלוקת פיצוי "אופקית", למשל בין שני צרכנים ישירים שספגו את הנזק במשותף? [ראה הפסיקה המאוזכרת בעמדת היועץ המשפטי לממשלה והניתוח המשפטי שם].
- וראה דברי כבוד השופטת שטמר בעניין תנובה:

"אני סבורה שאין מניעה בדין הישראלי כי הצרכן העקיף יתבע את המפר בנזיקין, כאמור לעיל. אשר לחשש כי המפר יאלץ לשלם מעבר לנזק שגרם: אחד מכללי היסוד בדיני הנזיקין הוא שאין המעוול נדרש לשלם יותר מכפי הנזק שגרם, או החזרת המצב לקדמותו (ראה למשל: ע"א

9474/03 יורם גדיש תשתיות ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את מוסא [פורסם בנבו] פסקאות 8-9 (21.11.06).
שאלה זו נפתרת מדי יום באולמות בתי המשפט בתיקי נזיקין, ולא ראיתי להבחין תביעה זו דוקא.

יתרה מזו: קיים חשש אמיתי שהצרכן הישיר יימנע מתביעה, בעיקר משום היחסים הישירים עם הספק. כך, קבלת הדוקטרינה של הצרכן העקיף הנהוגה בארה"ב תביא לאכיפה חסרה בתחומים שונים, ואולי דוקא בתחומים החשובים יותר, שבהם כוח השוק של המשיב גדול יותר.

46. לדעת היועץ המשפטי לממשלה, הנזק לצרכן העקיף כתוצאה מהגבל עסקי הוא נזק מועבר מובהק, במלואו או בחלקו. היקף הנזק בגינו נדרשים פיצויים אינו גדל עקב הכרה בזכותם של הצרכנים העקיפים לפיצוי. שיעור הנזק - ההפרש בין המחיר התחרותי למחיר "המקורטל" - נשאר קבוע, ללא קשר לזחות התובעים.

47. ראה בעניין זה את דברי בית המשפט הנכבד בעניין ויינשטיין:

"התביעה הוגשה "בשם קבוצת הנפגעים הישירים והעקיפים כאחד" (סעיף 120 לבקשת האישור). בכך אינני רואה כל פסול. נהפוך הוא, אחד היתרונות שניתן לראות בניהול ההליכים בתחום ההגבלים העסקיים במסגרת תובענה ייצוגית הוא שיש בכך כדי למזער את הקשיים הכרוכים בכימות הנזק שנגרם לכל אחת מתתי קבוצות התובעים הפוטנציאליים, ולאפשר עיסוק בשאלות הנוגעות לחלוקה בתוך הקבוצה רק בשלב הסיום של הדיון, לאחר שנקבעה חבות הנתבע, והוגדר היקף חבותו הכוללת כלפי ציבור הניזוקים בכללותו. בדרך זו, נמנע מצב בו המזיק יוצא נשכר מחוסר יכולתם של הניזוקים להצביע על האופן בו התגלגל הנזק ביניהם (והשוו לאמור בפסקה 7(ה) של החלטתי מיום 12.11.2013 לדחות בקשה לסילוק על הסף בת"צ (מרכז) 10538-02-13 הצלחה נ' אל על [פורסם בנבו])."

48. חששן של המשיבות הנו, כי אם תוכר עילת התביעה של "הנפגעים העקיפים", יידרש דיון כלכלי מורכב ומסובך בשאלת "חלוקת הנזק" בין כלל חברי תת-קבוצה זו, בין היתר, מאחר ויקום הצורך לבחון מהו שיעור הנזק שנגרם למעגלים רחוקים יותר של "נפגעים העקיפים" [ראה למשל טענות המשיבה 1 בסעיף 297 ואילך לסיכומיה וכן טענות המשיבה 2 בסעיף 200 לסיכומיה].

49. לעניין זה יוזכר, כי פיצוי בתובענה ייצוגית, כבכל תביעה, ככלל צריך להיות מיועד לתובע או לקבוצת התובעים.

50. לעיתים, איתור חברי הקבוצה וחישוב הנזק עבור כל אחד מהם, יהא טעון משאבים כספיים וכוח אדם. יחד עם זאת, חשוב לזכור, כי זוהי מהותה של התובענה הייצוגית וזהו הסעד העיקרי המוענק בחוק. החוק נועד, בין היתר, לפצות את מי שנגרם לו נזק כזה שלא מצדיק בהכרח הגשת תביעה אישית.
51. מתד גיסא, חישוב נזקם של צרכנים עקיפים וחלוקת הפיצוי ביניהם עשוי להיות מורכב – כפי שגם חישוב נזקם של צרכנים ישירים בעוולה בגין מחיר מתואם הוא מהלך מורכב. מאידך גיסא, בתי המשפט הישראליים אינם נרתעים מחישובי נזק מסובכים. מגוון הכלים שהעניק המחוקק לבתי המשפט לשם קביעת הזכויות לסעד והערכת הפיצוי הכספי במסגרת תובענות ייצוגיות מעיד על כך שהמחוקק אינו נרתע מחישובי נזק, אפילו מסובכים, לצורך מילוי תכלית החוק.
52. סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי במקרים שבהם פיצוי כספי לחברי הקבוצה אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לאתר את חברי הקבוצה ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי בית המשפט להורות כי חלף פיצוי כספי יינתן סעד אחר לחברי הקבוצה או לחילופין יינתן סעד לטובת הציבור, שיש בו כדי להיטיב עם אנשים שאינם בהכרח חברי הקבוצה.
53. בהתאם להוראות סעיף 20(ג) לחוק, אם הורה בית המשפט על מתן סעד כספי לטובת הציבור, יועברו הכספים לקרן לפי סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות תוך ייעוד הכספים לתחום הקרוב לנושא התובענה.
54. דברים אלה יפים הן לעניין צרכן ישיר והן לעניין צרכן עקיף.
55. פתרון מסוג זה אומץ בחלקו גם בעניין ויינשטיין. וראה דברי בית המשפט הנכבד שם, המהווים הקדמה:

"הנכונות המסתמנת להכיר בזכותו של "צרכן עקיף" אין משמעה, בהכרח, כי כל מי שמבחינה כלכלית נשא בעלות בגין העוולה ההגבלית הוא בעל זכות תביעה משפטית. במילים אחרות, גם אם קיימת נכונות להרחיב את מעגל התובעים, תוך קירוב מצב הדברים המשפטי למצב הדברים העובדתי-כלכלי, אין משמעות הדברים כי מעגלי התובעים יורחבו עד אין קץ. ..."

ובהמשך:

"לאחר לבטים לא מעטים בסוגיה זו הגעתי למסקנה כי יש לקבל באופן חלקי בלבד את המלצת הבודק, במובן זה שיש להגדיל את החלק המועבר כתרומה (ולהורות על העברת מרביתו לקרן לניהול ולחלוקת כספים שהוקמה בתיקון מס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות, תשע"ו – 2016), אך להותיר את עיקר הפיצוי לחלוקה לחקלאים."

56. לאור האמור לעיל, בידי בית המשפט מגוון רחב של כלים על מנת להכריע בשאלת "חלוקת הנזק" בין כלל חברי תת-קבוצת הצרכנים העקיפים, ובכלל זה פתרונות לתרומת הפיצויים במקרה שישתכנע שאין כל דרך לפצות את הנפגעים עצמם. מכל מקום, ברי כי אין בעצם מורכבות החישוב כדי להצדיק שלילת זכותם של נפגעים לקבל פיצוי על הנזק שנגרם להם.
57. יש בכל האמור לעיל גם כדי לענות על טענת המשיבה 1 לפיה נדרש הסדר חקיקתי מיוחד למנוע כפל פיצוי ויסדיר את הפרוצדורה המדויקת לבירור נזקים. כפי שהורחב לעיל, ההכרה בעילתם של צרכנים עקיפים אינה מגדילה את היקף הפיצוי, אלא מאפשרת את **חלוקת הפיצוי בצורה הוגנת בין הניזוקים השונים**. מכל מקום וכפי שהורחב, דיני התובענות הייצוגיות מקנים לבתי המשפט מגוון רחב של כלים המאפשרים לתת מענה לכל קושי שעשוי להתעורר ביחס לבירור נזקיהם של צרכנים עקיפים וחישוב הפיצויים עבורם.

ח. סעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים – "הפטור האווירי"

58. למען הזהירות בלבד ובבחינת למעלה מן הדרוש, יחזור היועץ המשפטי לממשלה על טענותיו בעמדתו לעניין תחולת סעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים על ההסדר המיוחס להן.
59. מבלי לגרוע מקביעת בית המשפט הנכבד, בהחלטתו מיום 12.11.2013 בבקשה לדחייה על הסף, ביחס לטענותיהן הסותרות של המשיבות בכתבי טענותיהן [וראה גם פרק ב' בשער השישי לסיכומי המשיבה 2], היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי טענת המשיבות לתחולת סעיף 3(7) לחוק על ההסדר המיוחס להן ראויה להידחות גם לגופה, הן בהסתמך על פשוטו של סעיף והן בהסתמך על הפרשנות הראויה לסייגים השונים הקבועים בסעיף 3 לחוק.
60. סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר מהו הסדר כובל, ואילו סעיף 3 קובע שורת הסדרים, אשר חרף העובדה כי היו צריכים או יכולים להיחשב הסדרים כובלים, לא ייחשבו ככאלה. סעיף 3(7) עוסק בהובלה אווירית. הוראת סעיף זה תוקנה מאוחר יותר בתיקון מס' 10 לחוק משנת תשס"ז – 2007 המצמצם עוד יותר את תחולת הסייג.
61. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי פרשנות סעיף 3 לחוק בכלל ופרשנות סעיף 3(7) בפרט אינן מאפשרות לקבל את טענת המשיבות לפיה ההסדרים המיוחסים להן, אשר לא הודע עליהם לשר התחבורה, נכנסו לגדרי סעיף 3(7) ואינם מהווים הסדרים כובלים.
62. כמפורט בהרחבה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, עמדת המשיבות טומנת בחובה פריצת גדרם של הסייגים וצמצום פרישתו של החוק, כך שהסדרים רבים, הפוגעים בתחרות ובציבור, יוותרו מחוץ להישג ידו של מערך האכיפה, שלא בהתאם לתכלית החוק ורוחו.
63. מעבר לפרשנות הוראת סעיף 3(7) לחוק, כמפורט בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, חשוב לחדד, כי הפרשנות המצמצמת שמציעות המשיבות לסעיף 3(7) אינה עולה בקנה אחד עם פרשנות חוק ההגבלים העסקיים בכלל ופרשנות סעיף 3 לחוק, הוא סעיף הסייגים, בפרט.
64. יוער, כי חוק ההגבלים העסקיים תוקן בשנת 2007, על דרך הוספת סעיף 3א לחוק, הקובע בין היתר כי הפטור לא יחול מקום בו "הצדדים להסדר הם מובילים באוויר שאחד מהם לפחות הוא ישראלי ואחד מהם לפחות אינו ישראלי".

65. למיטב הידיעה, הודעה אודות הקרטל לא נמסרה לשר התחבורה וממילא השר לא הודיע עליה לוועדת הכלכלה של הכנסת. מכאן שהוראת הסעיף לא קוימה והסדר תיאום המחירים המיוחס למשיבות לא נכנס לגדרו של הסייג הקבוע בחוק.
66. לדעת היועץ המשפטי לממשלה, אין לראות את דרישת ההודעה כדרישה טכנית וזאת, בהתחשב בתכלית דרישת ההודעה ובמגמת הפסיקה לפרש בצמצום את הוראות הסייגים הקבועים בסעיף 3.

ט. סיכום

67. אשר על כן, ולאור כל הנימוקים המפורטים בעמדת היועץ המשפטי לממשלה וכמפורט לעיל בהרחבה, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי יש להכיר בעילתו של צרכן עקיף בכל הנוגע לעוולות תיאום מחירים, לקבוע כי דוקטרינת הצרכן העקיף האמריקנית לא חלה בנוגע לתובענות ייצוגיות בתחום ההגבלים העסקיים בישראל וכי אין מקום להחילה גם להבא.
68. כמו כן, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, הנזק לצרכן העקיף כתוצאה מהגבל עסקי הוא נזק מועבר מובהק, במלואו או בחלקו. היקף הנזק בגינו נדרשים פיצויים אינו גדל עקב הכרה בזכותם של הצרכנים העקיפים לפיצוי. שיעור הנזק - ההפרש בין המחיר התחרותי למחיר המקורטל, נשאר קבוע, ללא קשר לזהות התובעים.

שר התחבורה
מיטל בסלי-דובדבני, עו"ד
פרקליטות מחוז תל-אביב (אזרח)