

מועד ההגשה בהתאם להחלטת בית המשפט: 6.6.2021

מועד חתימת המסמך והגשתו בפועל לבית המשפט: 6.6.2021

בבית המשפט העליון

רע"א 3186/20

רע"א 3183/20

רע"א 3185/20

אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ממושרד אגמון ושות', עורכי דין

הגן הטכנולוגי, בנין 1, כניסה ג' דרך אגודת ספורט הפועל 1, מלחה ירושלים

ת.ד. 4675 מיקוד 96951

טל': 02-5607607 ; פקס': 02-5639948

המבקשת ברע"א 3186/20 והמשיבה ליתר הבקשות

-נגד-

1. 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

המשיבה

2. British Airways PLC

ע"י ב"כ עו"ד ממושרד ש. הורביץ ושות', עורכי דין

מרחוב אחד העם 31, תל אביב 65202

טל': 03-5670700 ; פקס': 03-5660974

המבקשת ברע"א 3185/20 והמשיבה ליתר הבקשות

3. Deutsche Lufthansa AG

4. Swiss International Air Lines Ltd

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

מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב 64731

טל': 03-6944141 ; פקס': 03-6941351

המבקשת ברע"א 3183/20 והמשיבה ליתר הבקשות

5. היועץ המשפטי לממשלה

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה

מרחוב קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים

ירושלים, 9777605

טל': 0733-929630 ; פקס': 02-6467038

המשיב

תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 16.6.2020, מוגשת בזאת תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה לבקשות רשות הערעור.

א. מבוא – השאלות הטעונות הכרעה בהליך ותמצית עמדת היועץ המשפטי לממשלה

1. בקשות רשות הערעור שלפנינו מופנות כלפי החלטת בית משפט קמא (כבוד השופט גרוסקופף) לאשר בקשה לניהול תובענה כייצוגית (להלן: "**בקשת האישור**") נגד מספר חברות תעופה (המבקשות שלפנינו), בגין טענה לקיומו של קרטל עולמי בין חברות התעופה שכלל תיאום מחירים של מספר רכיבים בתעריפי שינוע מטענים בהטסה, ולפי הנתען בבקשת האישור כלל הטסת מטענים מישראל ואליה. חברות התעופה (המבקשות) סבורות, ששגה בית משפט קמא בהחלטתו ומבקשות מבית המשפט הנכבד שיורה על דחיית בקשת האישור. מנגד, התובעת המייצגת, **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר)** (להלן: "**הצלחה**") סבורה, שבדין אושרה בקשת האישור ומבקשת מבית המשפט הנכבד לדחות את בקשות רשות הערעור.
 2. הצדדים להליכים שבכותרת נדרשו לסוגיות משפטיות רבות ומגוונות. היועץ המשפטי לממשלה לא יידרש לכל טענות הצדדים, אלא רק לאותן סוגיות שטעונות לגישתו הכרעה בהליך זה, ושהוא רואה חשיבות בהתייחסות אליהן. כדי למקד ולדייק את הדיון בהליך וכדי לחדד את עמדתו המשפטית, יבהיר היועץ המשפטי לממשלה כעת בקצרה את הדברים.
 3. בין היתר, הצדדים נדרשו באופן מפורט לשאלה האם ניתן לבסס החלטה המאשרת הגשת תובענה ייצוגית על פי פרט 4 לתוספת השנייה **לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006**¹ ("תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית") על החלטות שניתנו במדינות זרות (בהליכים פליליים, מנהליים, ואזרחיים) שעסקו בטענות לקיומו של קרטל בעניין הנדון (וזאת בעניינה של נתבעת בהליך הייצוגי) והאם החלטות אלו קבילות, ככלל, בהליך משפטי בישראל, תוך שהצדדים מתייחסים לדוקטרינות משפטיות שונות בעניין זה.²
- לגישת היועץ המשפטי לממשלה, **שאלות אלו אינן טעונות הכרעה בהליכים שבכותרת**, היות שבית משפט קמא **לא ביסס** את אישור ניהול התובענה כייצוגית על ההחלטות בהליכים הזרים, וממילא שאלת מעמדן הראייתי של

¹ להלן: "חוק תובענות ייצוגיות".

² ראו: סעיפים 176-187, 193 לתשובת הצלחה לבקשות רשות הערעור. מנגד ראו בסעיפים 68-71 לבקשת רשות הערעור מטעם **אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ** (להלן: "**אל על**"); סעיפים 100-104 לבקשת רשות הערעור מטעם **British Airways PLC** (להלן: "**בריטיש**"); וסעיפים 75-80 לבקשת רשות הערעור מטעם **Deutsche Lufthansa AG** ו- **Swiss International Air Lines Ltd** (להלן: "**לופטנהוזה וסוויס**").

ההחלטות הזרות בכלל ולצורך אישור ניהול תובענה כייצוגית בפרט, אינה רלבנטית להכרעה שלפנינו.³ ההחלטה המאשרת בוססה אך על **ההודיות** (הנטענות) של חברות התעופה בהליכים במדינות זרות, בקיומו של הקרטל הנטען: **"די בצירופן המצטבר של ההודאות והפשרות בהליכים שנוהלו בחו"ל עליהן נסמכת הצלחה, כדי לשמש תשתית ראייתית לכאורית להוכחת קיומו של הקרטל... לצורך בירור ההצדקה לאפשר בירור התובענה כייצוגית, די לנו בכך שלצורך הליכים שונים בחו"ל הסכימו כל המשיבות להודות בקיומו של קרטל ולשלם פיצויים"** (סעיף 49 להחלטת בית משפט קמא); **"נטל ההוכחה המוטל על המבקשת בשלב בקשת האישור להוכיח קיומו של קרטל צריך להיקבע בשים לב למידע הגלוי העומד לרשותה. בנסיבות העניין מידע זה מוגבל להודאות בקיומו של קרטל גלובלי שניתנו בהליכים הפליליים שהתקיימו בחו"ל, כמו גם הסכמי הפשרה שחתמו עליהן המשיבות בהליכים האזרחיים"** (שם, סעיף 42).

עוד יעיר היועץ המשפטי לממשלה, **שאין צורך** להידרש בהליך לשאלה האם ניתן לבסס אישור ניהול תובענה כייצוגית (בכלל ובתחום דיני התחרות בפרט) על עדויות שמיעה, כאשר מדובר בראיות שאינן קבילות בתובענה לגופה,⁴ שהרי בענייננו, כפי שיפורט, ההודיות של חברות התעופה בהליכים במדינות זרות (שעליהן בוססה ההחלטה המאשרת) הן **ראיות קבילות** (לרבות בתביעה לגופה).⁵ לפיכך, **ניתן להותיר שאלה זו לעת מצוא** מבלי לקבוע מסמרות בעניינה.

4. על כן, יתמקד היועץ המשפטי לממשלה בהליך ערעורי זה בעיקר **בשאלת ההודיות** מטעם חברות התעופה בהליכים במדינות הזרות, שהיא שדונה בהחלטת בית משפט קמא.⁶

5. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שמהבחינה העקרונית, הודיה של חברות התעופה במסגרת הסדרי טיעון בהליכים פליליים במדינות זרות, או במסגרת הסדרי פשרה בהליכים אזרחיים במדינות זרות, היא **ראיה קבילה**, **כחריג לכלל הפוסל עדות שמועה**. כך, בהתאם לפסיקתו המושרשת של בית משפט זה, כפי שיפורט להלן. אמנם, בהתאם לפסיקה, **יש להבחין** בין הודיית בעל דין שניתנה בכתב טענות במסגרת ההליך הנדון, שמוגדרת כהודיה "פורמלית", שקובעת את חזית המחלוקת בדיון, וניתן לחזור ממנה ולהביא ראיות סותרות רק בהיתר של בית המשפט, לבין "הודיית חוץ" (בין אם היא ניתנת במסגרת הליך אחר, ובין אם ניתנת מחוץ לכותלי בית המשפט), שדינה כראייה ככל הראיות, וניתן, ככלל, להפריכה באמצעות ראיות אחרות מבלי שנדרש לקבל היתר של בית המשפט לכך. מכל מקום, **מבחינת שאלת הקבילות, מדובר בראיה קבילה**.

על כן, **סבור היועץ המשפטי לממשלה, שיש לדחות את טענות המבקשות** לפיהן ההודיות שעליהן בוססה ההחלטה המאשרת היו ראיות שאינן קבילות.

6. מעבר לשאלת הקבילות, נחלקו הצדדים גם בשאלה האם ההודיות והפשרות מצדיקות לגופן את אישור ניהול התובענה כייצוגית. הם נחלקו בפרשנותן של ההודיות ובמידת הרלבנטיות שלהן לשאלת קיומו של הקרטל ביחס לישראל; והם נחלקו גם בשאלה האם ניתן לקבל טענה, שההודיות ניתנו כגידור סיכונים בלבד מצד המבקשות

³ אמנם, הצלחה מפנה לכמה החלטות זרות שהגישה בהליך קמא (ראו בסעיף 62 לתשובת הצלחה), ומנגד בריטיש טוענת (בסעיף 81 לבקשתה), שהצלחה לא הגישה את החלטת הנציבות האירופית עצמה, אלא רק הודעה תמציתית לעיתונות על ההחלטה ולטענתה בהחלטה זו אין ממצאים על קרטל עולמי ואין התייחסות לישראל ולהברת אל על (לופטנהוזה וסוויס מעלות טענות דומות בסעיפים 70-71 לבקשתן). אולם, כאמור למעלה, בית משפט קמא לא דן בכך ולא ביסס את ההחלטה המאשרת על ההחלטות הזרות, אלא רק על ההודיות.

⁴ ראו: סעיף 99 לבקשה מטעם בריטיש; סעיף 82 לבקשה מטעם לופטנהוזה וסוויס.
⁵ כך גם, בהינתן, שהצלחה עצמה אינה טוענת שניתן להסתמך בשלב אישור ניהול התובענה כייצוגית על ראיות שאינן קבילות (אלא היא טוענת שהראיות שהוגשו קבילות גם בתובענה גופה).

⁶ יוער כי הצדדים נחלקו גם במישור הנזק, האם קיימת אפשרות סבירה שייקבע בתובענה כי נגרם נזק לקבוצות המיוצגות בתובענה (ראו: סעיפים 128-143, 159-161 לבקשה מטעם לופטנהוזה וסוויס; סעיפים 133-155, 208-226 לבקשה מטעם בריטיש; סעיפים 220-242, 250-272, 287-283 לתשובת הצלחה). מדובר במחלוקות עובדתיות-כלכליות בעיקרן, לרבות השאלה איזו מחוות הדעת שהגישו הצדדים לבית משפט קמא יש להעדיף. היועץ המשפטי לממשלה יותיר שאלות עובדתיות-כלכליות קונקרטיות אלו, לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.

באותם הליכים, באופן שאינו משקף בהכרח את תמונת המצב העובדתית. בית משפט קמא קיבל, ככלל, את עמדת הצלחה וקבע שניתוח הראיות מלמד, שההודיות של חברות התעופה במדינות הזרות מבססות ברמה הלכאורית קיומו של קרטל גלובלי שהתייחס גם למשלוח אווירי של סחורות מישראל ואליה (ראו בסעיפים 60-61 להחלטת בית משפט קמא).

7. בעניין זה מדובר למעשה בשאלות עובדתיות-ראייתיות קונקרטיות. היועץ המשפטי לממשלה אינו מוצא צורך להידרש לשאלה הקונקרטית האם ההודיות מבססות בענייננו, באופן לכאורי וברף הנדרש לצורך אישור ניהול התובענה דנן כייצוגית, את הטענה לקיום קרטל שפעל בהובלת מטענים לישראל וממנה. עם זאת, סוגיה זאת עניינה במסקלן של הראיות, ושאלת הקבילות לחוד, ושאלת המשקל והרלבנטיות של ההודיות להליך לחוד.

8. כמו כן, יידרש היועץ המשפטי לממשלה לשאלה העקרונית של הרף הראייתי הנדרש לאישור ניהול תובענה כייצוגית בכלל ובעניין הסדרים כובלים על ידי קרטלים בפרט, באשר הבחינה הראייתית הקונקרטית בענייננו צריכה להיעשות על בסיס הנחת הרף העקרוני ההולם ולאור השיקולים הרלבנטיים לעניין זה.

9. בהחלטת בית משפט קמא (סעיפים 43-49) נקבע, שנטל ההוכחה לשם אישור ניהול תובענה כייצוגית בעניין הסדרים כובלים על ידי קרטל אינו צריך להיות גבוה, בשל החשיבות בתובענות ייצוגיות בתחום זה ובשל הקשיים הראייתיים הניצבים בפני המבקש בתובענות ייצוגיות שכאלה.

חברות התעופה טוענות, שבית משפט קמא הניח נטל ראייתי קל מדי לצורך אישור ניהול התובענה כייצוגית שאינו תואם, לשיטתן, את פסיקת בית המשפט העליון. עוד הן טוענות, שאין מקום להתחשב בהיבטים ייחודיים לדיני התחרות, והרף הראייתי לאישור ניהול תובענה כייצוגית צריך להיות רף אחיד. מנגד, טוענת הצלחה, שקביעות בית המשפט קמא בנדון תואמות את פסיקת בית המשפט העליון.

10. היועץ המשפטי לממשלה יעמוד להלן על הרף הנדרש לאישור ניהול תובענה כייצוגית בכלל, ובנושא הסדרים כובלים על ידי קרטלים בפרט, תוך עמידה על אמות המידה שנקבעו בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין זה. כך, מצד אחד, המבקש נדרש לעמוד בנטל ראייתי ממשי (גם אם לכאורי) לשם אישור ניהול תובענה כייצוגית (ואין די בטענות, השערות או חשדות), בהינתן משמעותיותה של החלטה בדבר אישור ניהול תובענה כייצוגית שהיא שלב בעל משמעות בהליך הייצוגי. מצד שני, אין לקבוע דרישות ראייתיות מחמירות מדי, בהינתן שמדובר בשלב מקדמי, ולאור החשיבות בכך, שלא תיפגע האפשרות להגשת תובענות ייצוגיות ראויות המקדמות את האינטרס הציבורי.

זאת ועוד: לגישת היועץ המשפטי לממשלה (כפי שעולה גם מפסיקת בית המשפט) יש להתאים את יישומו של הנטל הראייתי, למיהותו של התחום שבו מדובר, ולקשיים האובייקטיביים העומדים בפני התובע המייצג בתחום הנדון ובמקרה הקונקרטי. על כן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שצדק בית משפט קמא כאשר נתן דעתו להיבטים ייחודיים הקיימים בתובענות ייצוגיות הנוגעות לתיאום מחירים אסור על ידי קרטלים. יש חשיבות בכך, שלא יוצב בפני המבקש בתובענות שכאלה נטל ראייתי מחמיר מידי בשלב האישור, וזאת בהתחשב בקשיים שונים שבולטים בתחום זה (בין היתר, עילת התביעה נוגעת להתנהלות עוולתית שנעשית בדרך כלל במחשכים; פערי מידע משמעותיים בין הצדדים; קושי ממשי בנגישות למידע הרלבנטי) ועלולים לחסום הגשת תובענות ייצוגיות ראויות, ובהינתן החשיבות המיוחדת של תובענות ייצוגיות בתחום זה, כאכיפה אזרחית משלימה.

11. היועץ המשפטי לממשלה יידרש להלן בקצרה גם לטענת אל על, כאילו סעיף 7(3) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק התחרות") "פטר באופן גורף הסדרים כובלים הנוגעים לתובלה אווירית". בית משפט קמא דחה טענה זו (ראו: סעיף 71 להחלטה), בין היתר מן הטעם, שתנאי לתחולת הפטור הוא מסירת הודעה על ההסדר הכובל לשר התחבורה. היות שבענייננו לא נמסרה הודעה כזו, לא חל הפטור. היועץ המשפטי לממשלה

סבור שקביעות בית משפט קמא בעניין זה נכונות ויש לדחות את טענת אל על, כאילו מתן ההודעה לשר התחבורה היא עניין "טכני" שאינו הכרחי לשכלול הפטור, שהרי, כפי שיוסבר, הדרישה למתן הודעה לשר התחבורה היא דרישה מהותית.

12. סוגיה עקרונית נוספת, שהיועץ המשפטי לממשלה יידרש אליה היא השאלה האם קיימת עילת תביעה לצרכן שרכש את השירות של שינוע מטענים בהטסה ממשלחים בינלאומיים, שהם שרכשו את השירות מחברות הקרטל. לסוגיה זו (של עילת הצרכן "העקיף" בדיני התחרות) חשיבות והשלכות רוחב, והיא **טרם נדונה בפסיקת בית משפט נכבד זה**. בית משפט קמא קבע בסעיף 101 להחלטתו כי **"יש להעניק זכות תביעה לצרכן עקיף"**.

13. חברות התעופה נדרשות לסוגיה זו בבקשותיהן, והן מסתייגות מההכרה בעילת הצרכן העקיף. מנגד, הצלחה בתשובתה טוענת, שיש להכיר בעילת התביעה של הצרכנים.

14. היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שיש להכיר בעילת הצרכן "העקיף" כלפי צדדים לקרטל אסור**, שגרם לו לנזק, ככל שמתקיים קשר סיבתי בהתאם למבחנים המקובלים בדיני הנזיקין בין עוולות הקרטל לבין הנזק, וכאשר לא קיימים שיקולי מדיניות השוללים את ההכרה במקרה הקונקרטי. זאת, גם אם הצרכן רכש את המוצר או השירות שבנדון מגורמי ביניים שהתקשרו ישירות עם חברות הקרטל, וכאשר גורמי הביניים "גלגלו" את העלויות העודפות שנגרמו כתוצאה מקיומו של הקרטל האסור, על הצרכן. עמדה זו מבוססת, בין היתר, על שיקולים מהותיים הנוגעים לתכליות דיני הנזיקין ודיני התחרות והוראותיהם, ועל כך, שאי הכרה בעילת הצרכן "העקיף" עלולה לאיין את הוראות חוק התחרות ותכליתן, שנועדה בין היתר להגן על אותו צרכן.

15. היועץ המשפטי לממשלה יתייחס גם להצעת בית משפט קמא הנכבד לצמצם את ההכרה בעילת הצרכן העקיף, לאותם מקרים שבהם מדובר באותו מוצר או שירות "שלא שינה מצורתו המקורית", כפי שנמכר על ידי חברות הקרטל. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהגם שניתן לתת משקל לשאלת ה- "צורה המקורית" בין יתר השיקולים בעניין, לגישתו **אין לקבוע מבחן זה כמבחן בלעדי או עיקרי**. היועץ המשפטי לממשלה יציע מספר שיקולים אפשריים, שניתן לבחון ולשקול אותם בכל מקרה פרטני, כחלק מהבחינה האם מכלול נסיבות מקרה פרטני כזה או אחר תומך בהכרה בעילת הצרכן העקיף באותו עניין (ובין היתר, מתוך תשומת לב לטיבו של הצרכן וטיבו של הנזק שבהם מדובר באותו מקרה). מכל מקום, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, לצד ההכרה העקרונית בעילת הצרכן העקיף, **יש לבחון בכל מקרה לגופו, קיומו של קשר סיבתי עובדתי ומשפטי** (בין תיאום המחירים האסור, לנזק שנגרם לצרכן העקיף), בהתאם למבחנים המקובלים בדיני הנזיקין, ובכלל זה לתת משקל גם **לשיקולי מדיניות רלבנטיים בהתאמה למכלול נסיבות המקרה הפרטני**, כאמור.

16. במקרה שלפנינו, מסכים היועץ המשפטי לממשלה עם מסקנתו של בית משפט קמא הנכבד (בסעיף 102 להחלטתו), כי ככל שייקבע במסגרת הדיון בתובענה, שהוכח תיאום המחירים האסור שבנדון, וככל שיוכח שתיאום מחירים זה גרם נזק לצרכנים העקיפים, הרי שבנסיבות העניין, ולאור האמור, **ראוי יהיה להכיר בעילת הצרכנים** שרכשו את שירות השילוח דרך משלחים בינלאומיים (שרכשו את השירות מהמבקשות) ונפגעו מעוולות המבקשות, בכך שנאלצו לשלם מחירים גבוהים יותר עבור השירות. לפיכך, **לגישת היועץ המשפטי לממשלה אין מניעה בהיבט זה, מאישור הגשת התובענה הייצוגית בענייננו בשמה של קבוצת הצרכנים העקיפים**, וזאת, ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שעילת התביעה בוססה לגופה, ברמה הלכאורית הנדרשת.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה

ב. קבילותן של הודיות המבקשות בהליכים במדינות זרות

17. טענות הצדדים: אל על טוענת כי הסדר הטיעון עליו חתמה בארצות הברית ובמסגרתו הודתה בקיומו של קרטל אינו ראיה קבילה (סעיפים 66-79 לבקשה מטעם אל-על). נטען, שקביעות בית משפט במשפט פלילי הן בגדר עדות שמיעה, וכן נטען שהמקרה דנן אינו בא בגדר החריגים לכך הקבועים בסעיף 442 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: "**פקודת הראיות**"), או בגדר חוק אכיפת פסקי חוץ. בדומה, טוענות לופטנהוזה וסוויס, שמעמדן של ההודיות והפשרות בהליכים במדינות הזרות הוא של עדות מפי השמועה שאינה קבילה בהליך דנן, בהיותן מסמכים שמקורם בהליכים זרים (סעיפים 75-86 לבקשת רשות הערעור מטעמן). כך טוענת גם בריטיש, שהמסמכים שעליהם בוססה ההחלטה המאשרת "אינם קבילים כראיה והם אינם יותר מעדות מפי השמועה" (סעיף 98 לבקשת רשות הערעור מטעמה. עוד ראו שם, בסעיפים 99-105).

מנגד, הצלחה טוענת, בסעיף 191 לתשובתה, כי הראיות קבילות, בין היתר מהטעם שהן נחשבות כהודיית חוץ של בעל דין המהווה חריג לכלל הפוסל עדות שמועה.

18. אכן, ככלל, עדות שמועה היא ראיה לא קבילה במשפט אזרחי, כמו במשפט פלילי: "**הכלל הוא שעד מעיד בבית המשפט על עובדות שהוא קלט בחושיו שלו; ואין הוא רשאי למסור בעדותו עובדות שנקלטו בחושיו של אחר והגיעו לידיעתו של העד מפי השמועה, לאמור: מפיו של אחר אשר קלט אותן בחושיו שלו או שמע אודותן מאחר**"⁷; "**הכלל הפוסל עדות מפי השמועה הינו בעל אופי כללי והוא חל הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי**" (קדמי, 479).⁸ כלל הפסלות של עדות שמועה הוא "**אחד ממאפייניו הבולטים של המשפט האנגלו-אמריקני**"⁹ ואף הוגדר בפסיקת בית המשפט הנכבד בשנות החמישים כ- "**ייסוד מוסד... של דיני הראיה החלים בישראל**"¹⁰. יוער, שלא מדובר בכלל פסלות קוגנטי, אלא הצדדים להליך משפטי רשאים להסכים על קבילותה של עדות שמועה.¹¹

19. בחקיקה ובפסיקה נקבעו **חריגים לא מעטים** לכלל בדבר אי קבילותה של עדות שמועה. ראו בעניין **יחיא**, בעמודים 669-671, שם ציין כבוד הנשיא שמגר **עשרות חריגים** ואף קבע כי "כאשר מקרה קונקרטי הוכיח את הבעייתיות היתרה שבהיצמדות הדווקנית לכלל זה בחרה פסיקתנו לאגוף את הכלל..." (שם, בעמוד 669). מעבר לחריגים הרבים, שאין זה המקום לפרטם בהרחבה,¹² עמדה הפסיקה על המגמה הידועה במשפט הישראלי לעבור מכללים

⁷ יעקב קדמי, **על הראיות**, חלק ראשון, תשס"ד-2003, עמוד 481 (להלן: "**קדמי**").

⁸ אמנם, כלל פסלות זה אינו קבוע מפורשות בפקודת ראיות, אולם הדבר משתמע, מהחריגים השונים הפזורים בפקודה ומכשירים בתנאים מסוימים עדות שמועה (ראו למשל בסעיפים 9, 10, 10א ו-442 לפקודה) ומכלל הן נשמע לאו, שכאשר לא מתקיימים חריגים אלה על תנאיהם (או חריג פסיקתי כלשהו), עדות מפי השמועה אינה קבילה. כמו כן ראו בדברי קדמי בעמוד 479: "**אף שמדובר באחד מן הכללים היסודיים של דיני הראיות לא יוחדה לו הוראה חקוקה בפקודת הראיות... תוכנו והיקפו נעוצים בהלכה הפסוקה אשר אימצה לענייננו את ההלכה שהגבשה בסוגיה זו המשפט המקובל באנגליה**". עוד ראוי לציין, שמקור קדום לכלל הפוסל, ככלל, עדות מפי השמועה מצוי במשפטנו הלאומי הוא המשפט העברי. ראו במשנה, מסכת סנהדרין, דף לז עמוד א' (לגבי פסלות "עד מפי עד" במשפט פלילי ("דיני נפשות" בלשון חז"ל)) ובעמוד ב' שם בגמרא בבלי, (לגבי פסלות עדות שמועה במשפט אזרחי, "דיני ממונות" בלשון חז"ל). עוד ראו בפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין בעניין ע"פ 8641/12 סעד נ' **מדינת ישראל** פ"ד ס(2) 772, 799-800 (2013), שעומד על כך שלכלל הפוסל עדות שמועה יש "רקע מובהק במסורת המשפטית היהודית".

⁹ דנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' יחיא** פ"ד מז(3) 661, 669 (1993) (להלן: "**עניין יחיא**").

¹⁰ בג"צ 124/58 **היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל** פ"ד יג 5, 17 (1959).

¹¹ ראו: ע"פ 6251/94 **בן-ארי נ' מדינת ישראל** פ"ד מט(3) 45, 76 (1995.17.5); ע"א 373/54 **אהרונס נ' נוימן** פ"ד י' 1121, 1140 (1956); ע"א 2110/09 **קדור נ' דקסה** (פורסם בנבו, 20.9.2012), בסעיף 13 לפסק הדין של כבוד הנשיא גרוניס; קדמי, 496-497.

¹² בין היתר ניתן להזכיר אמרת נפטר הנוגדת את האינטרס הרכישי שלו (בתנאים שנקבעו בפסיקה) - ראו: ע"א 2576/03 **וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, בסעיפים 26-27 (פורסם בנבו, 21.2.2007, להלן: "**עניין וינברג**"); רישומי נפטר במהלך העסקים הרגיל שלו (ראו: עניין **וינברג**, סעיף 31; רע"א 4495/20 **פלוגית נ' רפעת** (פורסם בנבו, 16.12.2020, בסעיף 22)); אמרה בכתב של ממלא תפקיד במסגרת מילוי תפקידו (בתנאים מסוימים) - ראו ע"א 703/86 **ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד מג(4) 529, 533-538 (1989, להלן: "**עניין ברנשטיין**"); אמרת עד בעת ביצוע עבירה פלילית (ראו סעיף 9 לפקודת הראיות); אמרה של קרבן אלימות בתנאים מסוימים (שם, סעיף 10); אמרת עד חוץ לבית המשפט ביחס להליך פלילי ובתנאים מסוימים (שם, סעיף 10א); ממצאים ומסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי המרשיע את הנאשם קביל כראיה לכאורה במשפט אזרחי אם המורשע או חליפו הוא בעל דין במשפט אזרחי (שם, סעיף 44). ראו לאחרונה בעניין זה גם ע"א 71/18 **הרשות הפלסטינית נ' בן שלום** (פורסם בנבו, 10.3.2021), בסעיף 56 (להלן: "**עניין הרשות הפלסטינית**").

של פסלות ראיות, לכללים המתמקדים במשקלן ובתוכן, לרבות בסוגיית עדות שמועה:

"מוסב הדגש מכללים פורמאליים של קבילות לכללים גמישים של משקל" ועל כן, "בהתייחס לכלל הפוסל עדות מפי השמועה מתבטאת מגמה זו בנטייה להסיר את מגבלותיו של הכלל מקום בו על פני הדברים אין חשש משמעותי למהימנות העדות. כך, במקום לחסום את דרכה של הראיה לבית המשפט, ניתן יהיה ליתן ביטוי לחשש האפשרי מפני מהימנותה בשלב של הערכת משקלה" (עניין וינברג, סעיף 28).¹³

20. מכל מקום, נתמקד בעניין שלפנינו. הודיית חוץ של בעל דין הוכרה זה מכבר כאחד החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, כך שההודיה מוגדרת כראיה קבילה. כבר בשנת 1950 קבע בית משפט זה בעניין סלטי¹⁴ כי: "הצהרות של אנשים, אשר אינם עדים במשפט אינן מתקבלות כהוכחה לאמיתות הדברים שהם נושא ההצהרה, מכיוון שעדות על הצהרות כאלה היא רק עדות שמיעה. זהו הכלל. אבל ישנם יוצאים מכלל זה. אחד היוצאים מן הכלל החשובים הוא הודאת אחד המתדיינים שמותר להוכיחה על ידי עדים...". כך גם בפסיקה מאוחרת יותר. ראו למשל בעניין מרינה¹⁵ (מפי כבוד השופט נאור): "ניתן להביא ראיה בעניין הודאת בעל דין מחוץ לכותלי בית המשפט כחריג לכלל האוסר על קבלת עדות שמועה", וכן בדבריו של כבוד השופט דנציגר בעניין בלמור¹⁶: "הודאת חוץ היא ראיה כשאר הראיות ובין היתר הראיות... הלכה היא כי הודאת חוץ של בעל דין שלא לטובתו היא קבילה כראיה במשפט...".¹⁷ כמו כן ראו בדברי הרנון¹⁸: "קבילותה של הודאת בעל דין מוסברת בכך, שהיא אחד החריגים העיקריים לכלל הפוסל עדות שמיעה. הכוונה היא לראיה של אמרתו של בעל דין מחוץ לבית המשפט המובאת כהוכחה לאמיתות הדברים". אחד הטעמים לקבילותה של הודיית חוץ הוא, שהנימוק המרכזי לפסלות עדות שמיעה נעוץ בכך, שלא ניתן לחקור את עד השמועה על תוכן השמועה,¹⁹ ואילו כאשר מדובר בהודיה של בעל הדין עצמו, ברי כי טענה זו אינה רלבנטית.²⁰ כך גם לאור ההנחה, שלרוב, "דברים שאמר אדם לחובתו... נכונים הם" (הרנון, 230).

21. הודיית חוץ היא ראיה קבילה, גם כשהיא נאמרה במסגרת הליך משפטי או מעין משפטי אחר, שוודאי מעמדה וקבילותה אינם נופלים ממעמדה וקבילותה של הודיה מחוץ לכותלי בית המשפט. ראו למשל בעניין דולב²¹ שם נקבע (מפי כבוד השופט נאור), שהודיה שמסר אדם בהליכי ביטוח לאומי לפני המוסד לביטוח לאומי, נחשבת ראיה קבילה (בין שאר הראיות), במסגרת הליך משפטי אחר שנפתח לאחר מכן. בדומה, גם הודיה באישום במסגרת הליך פלילי נחשבת הודיית חוץ וראיה קבילה, ביחס להליך אזרחי במסגרתו רוצים להגיש: "כאשר מבקשים לעשות שימוש, במישור האזרחי, בהודאה שנעשתה בהליך פלילי... הודאות חוץ הן לעניינו של המישור האזרחי...".

¹³ ראו גם בעניין ברנשטיין, בעמוד 533 ובעניין יחיא בעמוד 671. עוד ראו גיא בן דוד "חריג שיורי" לכלל הפוסל עדות מפי השמועה" משפטים מ"ז (2018) 61 (להלן: "בן דוד חריג שיורי"), המציע, לצד כלל הפסלות של עדות שמועה והחריגים שהוכרו לכלל, להכיר גם בחריג שיורי, שייתן לבית המשפט סמכות רחבה יותר, במקרים המתאימים, להכשיר עדות שמועה שנמצאה על ידי כמהימנה, ובתנאים מסוימים המפורטים במאמר.

¹⁴ ע"א 48-49 האפורטופוס לנכסי נפקדים נ' סלטי פ"ד ג 61, 65 (1950).

¹⁵ ע"א 7003/99 מרינה נ' סהר חברה לביטוח בע"מ פ"ד נו(1) 517, 525 (2001).

¹⁶ ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן פ"ד סג(3) 577, 599-600 (2010) (להלן: "עניין בלמורל").

¹⁷ עוד ראו: ע"א 9605/03 יגלום נ' שר הבראות פ"ד נט(5) 278, 284 (2005); ע"א 211/63 יחזקאל נ' קלפר פ"ד יח 563, 572 (1964) (להלן: "עניין יחזקאל"); אליהו הרנון "הכלל הפוסל עדות שמיעה – מה מקומו במשפט הישראלי" משפטים ו (תשל"ה-תשל"ו) 73, 83; בן דוד חריג שיורי, 64; אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה 11, 2013) 307.

¹⁸ אליהו הרנון דיני ראיות חלק שני 228 (1985) (להלן: "הרנון").

¹⁹ ראו הרנון, לעיל, הערה 18, 145-146: "הנימוק העיקרי לאי קבילותה של עדות שמיעה הוא חוסר האפשרות לחקור את בעל האמרה חקירה שכנגד... אין צורך להסביר מה רבה החשיבות של החקירה שכנגד... בעדות שמיעה, האפשרות של חקירה שכנגד הרי נשללת לחלוטין. אין ערך רב לחקירת העד שבאמצעותו מוגשת עדות השמיעה. עד זה אינו נכנס לפרטים, אינו מיישב סתירות, אינו מבהיר נקודות סתומות או משמעותיות; הוא יכול להצטמצם בתשובה אחת, שכך נמסרו לו הדברים ותו לא". עוד ראו בן דוד חריג שיורי, 66-67; גיא בן דוד "עדות מפי השמועה" כפולה" בהליך הפלילי – מעמדה בדין הישראלי, הקשיים בקבלת הדין הקיים והצעה לפיתרון" דין ודברים י"א (2018) 147, 152-153.

²⁰ ראו הרנון 228: "לא תתקבל הטענה שבשעת האמירה לא הייתה לו ההזדמנות "לחקור את עצמו" ... רשאי המודה – שהוא כעת בעל דין – לעלות על דוכן העדים ולהסביר את אמרתו הקודמת".

²¹ ע"א 8251/04 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' איש (פורסם בנבו, 6.9.2006), בסעיף 16.

(קדמי, 1386).²² כך נקבע גם בפסיקה, שהודיה בהליך פלילי היא ראיה קבילה בהליך אזרחי. ראו למשל בעניין כהן: "קבילה הודאת הנתבע במשפט פלילי לצורך תביעה אזרחית, שהוגשה נגדו לאחר מכן"²³. ראו גם בדברי הרנון, 229-228: "הודאה שמסר נאשם במשפט פלילי – האם היא קבילה, כראיה נגדו, במשפט אזרחי על אותו אירוע?... ההודאה כמובן קבילה, כדין כל הודאת בעל דין שנמסרה מחוץ לבית המשפט... וכך גם נפסק".²⁴

22. אדרבה, דומה, שלהודיה במסגרת הליך משפטי יש לתת משקל גבוה באופן יחסי, בהתחשב במסגרת שבה ניתנה ההודיה. אכן, כפי שיפורט בסמוך, כאשר מדובר בהודיית חוץ שלא ניתנה במסגרת ההליך הנדון, ניתן להביא ראיות הסותרות את תוכן ההודיה ובעל הדין שנתן את ההודיית החוץ לא כבול אליה בהכרח. בית המשפט יבחן את המשקל שראוי לתת להודיית החוץ (כל עוד מדובר בהודיית חוץ בלבד ולא בהודיה פורמלית שניתנה באותו הליך שמחייבת את בעל הדין כלהלן), בהתאם למכלול הראיות שהוגשו. כך, ככלל, גם כאשר מדובר בהודיית חוץ שניתנה בהליך משפטי אחר ובכפוף לכללי ההשתק השיפוטי. ראו הרנון 229: "קבילותה של ההודאה עוד אינה קובעת מה משקל ייחס לה בית המשפט – כי הדבר תלוי בנסיבות".²⁵ כך גם בעניין כהן, 1174, נקבע שיש לבחון את המשקל שראוי לתת בהליך אזרחי, להודיה שניתנה בהליך פלילי, בהתאם לנסיבות העניין והראיות שהוגשו. אולם, דומה, שבהיבט זה, ינתן משקל עודף להודיה שניתנה במסגרת הליך משפטי (אחר) על פני הודיית חוץ שנאמרה שלא במסגרת הליך משפטי. לא בקלות תתקבל טענה שהודיה במסגרת הליך משפטי הייתה הודיית שקר וטענה כזו תידרש לעמוד ולהיתמך בנטל ראייתי מתאים.²⁶ לדברים אלה משמעות הנוגעת להליך דנן, כלהלן. מעניין להשוות בעניין זה גם למעמד המיוחד שניתן להודיית בעל דין שנאמרה במסגרת הליך משפטי במשפט העברי, שבו נקבע (שולחן ערוך חושן משפט, סימן פ"א, סעיף כ"ב²⁶), שאם אדם הודה בחוב לפני בית דין (ואף ללא תביעה ולא במסגרת הליך משפטי הנוגע לחוב הנדון) הוא לא רשאי לחזור בו מהודייתו, ואילו כאשר מדובר בהודיית חוץ שלא במסגרת הליך משפטי כלל, האדם עשוי להיות רשאי לטעון שהודייתו נאמרה "לא ברצינות", ובאופן שאינו מחייב (בלשון חז"ל: "משטה הייתי בך"). ראו: שולחן ערוך שם, סעיפים א, ו.²⁷ מכל מקום, לענייננו, אין ספק, שהודיית חוץ (לרבות במסגרת הליך משפטי אחר) היא ראיה קבילה, כחריג לכלל הפוסל עדות שמועה.

23. עוד יובהר, שלשם קבילותן של הודיות חוץ במשפט אזרחי, לרבות הודיות שניתנו במסגרת הליך פלילי, אין הכרח לבוא בגדרי סעיף 42 לפקודת הראיות (העוסק בקבילות הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט ומרשיע במשפט פלילי, בהליך אזרחי), וממילא גם אין צורך להיכנס למחלוקת הצדדים שלפנינו, האם הסעיף הזה עשוי לחול

²² ראו גם: אוריאל פרוקצ'יה "לשאלת קבילותה של הרשעה פלילית במשפטים אזרחיים – תפקידה של חברת הביטוח" משפטים ו (תשל"ה-תשל"ו) 610, 612, הערת שוליים 8 (להלן: "פרוקצ'יה").

²³ ע"א 135-59 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד יג 1172, 1174 (1959) (להלן: "עניין כהן"). עוד ראו: ע"א 190/56 אל פתאח נ' אל עלי פ"ד יא 1169 (1957); ע"א 285/80 שיף נ' אליאסי פ"ד לד(4) 752, 756 (1980), כבוד הנשיא שמגר, להלן: "עניין שיף"; ת"א (חיפה) 917-59 רוזנטל נ' דשנים וחומרים כימיים בע"מ פסקים מחוזיים כ"ט 131, 137 (1961) (להלן: "עניין רוזנטל").

²⁴ אמנם, הרנון (בעמוד 229) מפנה לעניין ע"א 373-54 גורדון נ' נוימן פ"ד י 1121, 1142 (1956) שם נאמר, שהודיה בהליך פלילי אינה קבילה בהליך אזרחי אלא אם הסכימו הצדדים להגשת הראיה; ובעניין ע"א 261/57 בן שלום נ' דשתי פ"ד יב 1409, 1411 (1958) חזר והפנה בית המשפט לדברים אלה, אולם הרנון מעיר שם בצדק, שבית המשפט לא מציין מניין שאב קביעה זו (המנוגדת לפסיקה נרחבת אחרת כמפורט למעלה ובפסיקה המובאת לעיל, בהערה 23) ולכן מעיר הרנון ביחס לפסיקה בעניין גורדון ודשתי כי "דומה שאינה נכונה". עוד ראו בפסק דין רוזנטל (לעיל, הערה 23), בעמוד 137, שציינו, שפסקי הדין בעניין דשתי וגורדון "הם בבחינת אמרת אגב, כי באותו המקרה לא התנגד הצד שכנגד לקבלת ההודאה כראיה".

²⁵ הגם, שאם הדבר יבוסס בראיות מדובר בטענה אפשרית- ראו בעניין דולב, לעיל, הערה 21, בסעיפים 16-18 לפסק הדין של השופטת נאור שם. מקור הדברים בספר התרומות, שער מ"ב, חלק א', סימן ו'. ראו גם אנציקלופדיה תלמודית, "הודאת בעל דין", עמודה ת"ב.

²⁷ ראו גם: תלמוד בבלי, סנהדרין, כט, א. ראוי לציין, שבהתאם למשפט העברי, הודיית בעל דין מחייבת אף כאשר מדובר בהודיית חוץ (אלא אם כן מתקבלת כאמור טענת "משטה הייתי") ולא ניתן להביא ראיות לסתור את ההודיה לגוף העניין (ראו, תלמוד בבלי, בבא מציעא, ג, ב וברש"י שם, דיבור המתחיל "אינו בהכחשה"). עוד ראו בהתייחסות פסק דין יחזקאל, לעיל, הערה 17, למשפט העברי בעניין זה, בעמ' 571-572 לפסק הדין; הרנון 59; ברכיהו ליפשיץ הודאה בנפשות ובממונות על ספרו של אהרן קירשנבאום: "הרשעה עצמית במשפט העברי" דיני ישראל כ"ג (תשס"ה) 199, 203-208. מכל מקום, ממקורות ההלכה עולה, שהודיה במסגרת הליך משפטי (לרבות הליך משפטי אחר) הינה בעלת תוקף "רציני" יותר, באופן ששולל את האפשרות לקבל טענה שההודיה הייתה "לא רצינית" וללא כוונה לתת לה מעמד משפטי מחייב.

בענייננו.²⁸ אכן, במקרה שבו עומדים בגדרי סעיף 42 לפקודת הראיות, הרי שגם אם פסק הדין המרשיע ניתן על בסיס הודיה של הנאשם בכתב האישום, הסעיף עשוי לחול.²⁹ מכל מקום, גם אם לצורך הדיון בלבד נניח (בלי לקבוע מסמרות) שסעיף 42 לפקודת הראיות לא חל בענייננו כאשר מדובר בהליכים זרים, הדבר **אינו גורע מקבילות ההודיות עצמן** (שנתנו המבקשות בהליכים פליליים ואזרחיים מחוץ לישראל), כהודיות חוץ הקבילות כחריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, כאמור לעיל.³⁰ כפי שציין כבוד הנשיא שמגר בעניין שיף, בעמוד 756: **"הודה המערער הראשון בעובדות הכלולות בכתב האישום ובית המשפט הרשיעו על יסוד הודאתו האמורה. הודאה כאמור המתאייחסת לעובדות מוגדרות הייתה קבילה עוד לפני חקיקתו של התיקון הנ"ל לפקודת הראיות..."**³¹. ממילא, גם כשלא עומדים במקרה כזה או אחר בגדרי סעיף 42 לפקודה, **הודיית חוץ כשלעצמה** (בהליך משפטי אחר בארץ או מחוצה לה, כמו גם שלא במסגרת הליך משפטי בכלל) היא **ראיה קבילה** בהתאם לדוקטרינה של הודיית חוץ כחריג לפסלות עדות שמיעה, כפי שהיה גם לפני חקיקת סעיף 42 לפקודה.

24. אם כן, מסקנת הדברים היא, **שההודיות הנטענות של המבקשות בהליכים פליליים ואזרחיים מחוץ לישראל הן ראיות קבילות**, ויש לדחות את טענות המבקשות במישור הקבילות.

ג. **בין קבילות למשקל ובין הודיות פורמליות להודיות חוץ**

25. שאלת הקבילות לחוד, ושאלת תוכן של ההודיות ומשקלן הראייתי לחוד. בהקשר זה יש לעמוד על ההבחנה בין **הודיית חוץ**, לבין **הודיה "פורמלית"** בגדרי ההליך הנדון. הודיה שניתנה בהליך הנדון במסגרת כתבי הטענות בהליך מכונה **"הודיה פורמלית"**. הודיה כזו אינה נתפסת כראיה, אלא כקובעת את גדר המחלוקת בהליך ובעל הדין שכנגד פטור מלהוכיח את העניין נושא ההודיה.³² בעל דין אינו רשאי לחזור בו מהודיה פורמלית, או להביא ראיות הסותרות את ההודיה, אלא אם כן בית המשפט התיר זאת.³³ לעומת זאת, **"הודיית חוץ"** נתפסת, כראיה ככל הראיות. בגדר זה נכנסות הודיות שניתנו במסגרת עדות (אפילו באותו הליך) ולא בכתבי הטענות;³⁴ הודיות שניתנו בהליך אחר; או הודיות שניתנו מחוץ למסגרתו של הליך משפטי כלשהו. בעל דין רשאי לחזור בו מהודיה כזו גם ללא היתר של בית המשפט ולהביא ראיות הסותרות את תוכן ההודיה (כאמור, בכפוף לכללי ההשתק השיפוטי), ובית המשפט ישקול ויבחן את מכלול הראיות לגופן.³⁵ ראו, בין היתר, בעניין יחזקאל, בעמוד 572:

"הודאת בעל דין שלא לצורך הדיון, כגון הודאה מחוץ לכתלי בית המשפט, אינה אלא ראיה נגד בעל הדין, ראיה כשאר הראיות ובין שאר הראיות. הודאת בעל דין יכולה להיות

²⁸ ראו: סעיף 187 לתשובת הצלחה; סעיפים 68-69 לבקשת רשות הערעור מטעם אל על.
²⁹ ראו למשל: ע"א 71/85 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' בוחבוט פ"ד מא(4) 327, 332 (1987), שעובדות כתב האישום שבהן הודה הנאשם מוגדרות כחלק מהכרעת הדין במשפט הפלילי הקבילה כראיה לכאורה במשפט אזרחי לפי סעיף 42 לפקודת הראיות. לאחרונה ראו דברים דומים בעניין **הרשות הפלסטינית**, לעיל, הערה 12, בסעיף 62 לפסק הדין.
³⁰ השוו גם לדברי פרקציה, לעיל, ה"ש 22.

³¹ מדובר בתיקון לפקודת הראיות במסגרתו נחקק סעיף 42 לפקודה. הנשיא שמגר עומד שם על כך, שלאחר התיקון (וכאשר מדובר בהודיה העומדת בגדרי סעיף 42 לפקודה), אין עוד תוחלת לטענת נאשם, שההודיה הייתה מסויגת להליך הפלילי בלבד, שהרי בהתאם לסעיף 42 לפקודה הממצאים והמסקנות של בית המשפט בהליך הפלילי משמשים ראיה לכאורה במשפט האזרחי מכוח הדין (ולא רק על בסיס הדוקטרינה של הודית בעל דין), וממילא הרשעה (גם על בסיס הודיה) בהליך פלילי משמשת ראיה לכאורה בהליך האזרחי לכל עובדות כתב האישום שבהם הודה הנאשם. ראו שם.
³² **"הודיה פורמלית אינה ראיה כלל, אלא היא מוציאה עובדה מתחום המחלוקת ופוטרת מן הצורך להוכיחה"** (עניין בלמורל, סעיף 31 לפסק הדין של כבוד השופט דנציגר).

³³ ראו: ע"א 279/89 הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' דמתי פ"ד מז(3) 156, 163-164 (1993) (להלן: **"עניין דמתי"**); עניין בלמורל, סעיף 31 לפסק הדין של כבוד השופט דנציגר; קדמי, 1383-1384; תקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984, סעיפים 102, 104.
³⁴ ראו: עניין דמתי, 163; ע"א 724/70 חמדאן נ' יוסף פ"ד כה(2) 785, 788 (1971); עניין יחזקאל, 573-577; ע"א 8425/02 בדר נ' פארוק פ"ד נח(2) 673, 675 (2003) (להלן: **"עניין בדר"**).

³⁵ ראו: עניין דמתי, 163-164; עניין בלמורל, סעיף 32; עניין כהן 1174 (לגבי משקלה של הודיה בהליך פלילי במסגרת תביעה אזרחית שהוגשה לאחר מכן); עניין דולב, בסעיפים 16-18 לפסק הדין של כבוד השופט נאור; עניין בדר, 675-676; קדמי, 1385-1386.

כבדת משקל או פחותת ערך, מהימנה או בלתי מהימנה... הכל לפי נסיבות ההודאה ושאר הראיות במשפט. על כן רשאי בעל הדין לסתור את הודאתו על ידי ראיות אחרות."

26. בענייננו לא מדובר בהודיה פורמלית, אלא בהודיות חוץ (נטענות) בהליכים אזרחיים ופליליים מחוץ לישראל. על כן, לכאורה ועל פני הדברים, המבקשות אינן כבולות להודיות אלו באופן מוחלט, ואינן זקוקות להיתר של בית המשפט להביא ראיות הסותרות את ההודיות. עם זאת, כפי שציין הרנון, בעמוד 59: **"במקרים רבים יהיה להודאת בעל דין משקל רב"**.

כאמור לעיל בסעיף 22, כך אף ביתר שאת, כשמדובר בהודיות במסגרת הליכים משפטיים (אחרים), ועל כן טענה כי ההודיות בהליכים המשפטיים מחוץ לישראל לא משקפות את האמת העובדתית וניתנו רק משיקולי "קניית סיכון" אינה פשוטה ותידרש לעמוד ולהיתמך **בנטל ראיתי ממשי**. כמו כן, כמובן, ראיות המבקשות להעלות טענות בנוגע לפרשנותן של ההודיות שניתנו בהליכים מחוץ לישראל,³⁶ וביחס לשאלה האם הודיות אלו אכן מבססות את בקשת האישור שלפנינו בנוגע לקיומו והשפעתו של הקרטל על מחירי המשלוחים לישראל.

27. ואכן, מעבר לשאלת הקבילות, אל על טוענת כי **"הודאתה שם נעשתה מטעמי קניית סיכון"** (סעיף 54 לבקשתה). עוד טוענת אל על, שההודיה בהסדר הטיעון בארצות הברית התייחסה רק להובלת מטענים מארצות הברית ואליה, ולא לנתיבי טיסה אחרים, ונתיבי הטיסה מארצות הברית לישראל הוחרגו מהקבוצה המיוצגת שלפנינו (ראו בסעיף 72 לבקשת אל על). מנגד, טוענת הצלחה, שמהודיות אל על ובריטיש בהסדרי הטיעון עולה, שההודיות התייחסו לקרטל באופן כללי. עוד טוענת הצלחה, שלא ניתן לקבל טענה, שההודיה בחליך פלילי ניתנה כ-"גידור סיכונים בלבד" ולא כאמיתם של דברים ואף טוענת שטענה זו היא "עזת מצח".³⁷

בית משפט קמא קיבל, ככלל, את עמדת הצלחה וקבע, שניתוח הראיות מלמד שההודיות של חברות התעופה במדינות הזרות מבססות ברמה הלכאורית קיומו של קרטל גלובלי שהתייחס גם למשלוח אווירי של סחורות מישראל ואליה (ראו בסעיפים 60-61 להחלטת בית משפט קמא). לגבי הטענה שההודיות בחוץ לארץ ניתנו כ-"גידור סיכונים", קבע בית משפט קמא (בסעיף 49 להחלטתו), כי ההודיות עומדות ברף של ראיות לכאורה באופן מספק לשם אישור ניהול התובענה כייצוגית, וככל שהמבקשות יתמידו בטענותיהן כי הן "מתכששות למשמעות הלכאורית של הסדרי הטיעון והפשרה שעשו בחו"ל", הרי שהעניין יתברר בשלב הדיון בתובענה לגופה, באמצעות הכלים הדיוניים הקיימים בשלב הדיון בתובענה (גילוי מסמכים, שאלונים, זימון עדים).

28. מחלוקות אלו של הצדדים הן מחלוקות ראייתיות ופרשניות קונקרטיות. **היועץ המשפטי לממשלה יותיר שאלות אלו לשיקול דעת בית המשפט הנכבד**. יצוין בהקשר זה, שהקרטל הנטען **לא נחקר על ידי רשות התחרות** ואין בידיה תשתית עובדתית עצמאית בעניין. עם זאת, ידגיש היועץ המשפטי לממשלה את העמדה הברורה שהוצגה לעיל, שההודיות הן **ראיות קבילות**, שברמה העקרונית ניתן לבסס עליהן החלטה בדבר אישור ניהול תובענה כייצוגית, ושבאופן עקרוני, **להודיות במסגרת הליכים משפטיים** (גם מחוץ לישראל) **יש משקל**, באופן שהפרכת תוכן ההודיות על ידי המבקשות (בטענה שהן ניתנו כגידור סיכונים בלבד) תוך הבאת ראיות סותרות, דורשת **עמידה בנטל ראיתי ממשי** מצד המבקשות (וכאמור מבלי להביע עמדה בנוגע לפרשנותן של ההודיות לגופן). ראו לעיל, בסעיפים 22, 26.

³⁶ ראו הרנון 229: "מותר לבעל דין שהודה... לתת לה הסבר שיתיישב עם טיעונו במשפט". עוד ראו והשוו: תלמוד בבלי, בבא בתרא לא, א, ובפירוש רשב"ם שם, דיבור המתחיל עולא אמר ודיבור המתחיל ומודי עולא, שלדעת האמורא הארץ ישראלי עולא (שנפסקה להלכה בסוגיית הגמרא שם) קיימת אפשרות לבעל דין לפרש בדיעבד את הודייתו, אף באופן אחר מזה שבו השתמעה הודייתו מלכתחילה, ובלבד שאינו עוקר לגמרי את ההודיה ממשמעותה המקורית. עיינו שם. ראו גם, שולחן ערוך, חושן משפט, קמו, כד.

³⁷ יצוין כי גם יתר המבקשות מעלות טענות דומות לטענות אל על, ביחס להסדרי הטיעון בארצות הברית ובאוסטרליה. ראו: בקשת לופטנהוזה וסוויס בסעיפים 89-92, 109-116; בקשת בריטיש בסעיפים 64-66 ו-79-80. מנגד, ראו: תשובת הצלחה בסעיפים 64, 67-68, 70-71, 74-77 ו-83-79. יצוין כי הצדדים נחלקו שם גם בשאלה האם הראיות שהוגשו בהליך והעדויות שנשמעו מוכיחות שבקווי התעופה לישראל התקיים שוק תחרותי בתחום הובלת המטענים כטענת המבקשות, או שהראיות שהוגשו בתיק דווקא מבססות את קיומו של הקרטל ביחס לישראל כטענת הצלחה.

29. עוד יבקש היועץ המשפטי לממשלה להתייחס, מהבחינה העקרונית, לשאלת טיב הרף הראייתי הנדרש לשם אישור ניהול תובענות כייצוגיות בכלל ובעניין תיאום מחירים במסגרת הסדר כובל על ידי קרטלים בפרט, תוך התייחסות לטענות הצדדים בנדון. זאת, כדי שיוצג המצע הנורמטיבי הראוי בעניין, מנקודת מבטו של היועץ המשפטי לממשלה, שעל בסיסו יש לבחון את הטענות הראייתיות הקונקרטיות של הצדדים.

ד. הרף הראייתי הנדרש לשם אישור ניהול תובענה כייצוגית

30. בהחלטת בית משפט קמא נקבע, שנטל ההוכחה לשם אישור ניהול תובענה כייצוגית בעניינם של קרטלים בינלאומיים, **אינו צריך להיות גבוה**, בשל החשיבות בתובענות ייצוגיות בתחום זה ובשל הקשיים הראייתיים הניצבים בפני התובע המייצג בעניין (ראו בסעיפים 43-49 להחלטה). חברות התעופה טוענות, שבית משפט קמא הניח נטל ראייתי קל מדי לצורך אישור ניהול התובענה כייצוגית שאינו תואם, לשיטתן, את פסיקת בית המשפט העליון.³⁸ מנגד, הצלחה טוענת, שקביעות בית המשפט קמא בנדון תואמות את פסיקת בית המשפט העליון (סעיפים 114, 120-121, 126 לתשובתה).

31. תחילה יידרש היועץ המשפטי לממשלה לשאלה הכללית של הרף הנדרש לשם אישור ניהול תובענה כייצוגית. בהמשך הדברים יידרש לשיקולים ייחודיים הנוגעים לתובענות ייצוגיות בעניין תיאום מחירים על ידי קרטלים.

32. בין התנאים לאישור ניהול תובענה כייצוגית, נקבעה בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות דרישה (ביחס לשאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה) כי: **"יש אפשרות סבירה, שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"**.³⁹

33. הפסיקה נדרשה לא אחת לקונקרטיזציה של דרישה זו. נקבע, שלצורך אישור ניהול תובענה כייצוגית לא די בעמידה ברף שמספיק לדחיית בקשה לסילוק על הסף של תובענה אזרחית רגילה (כשבעניין זה נקבע, שדי בכך שלפי העובדות הנטענות בכתב התביעה קמה זכות לסעד הנתבע, ולא נדרש לעמוד ברף ראייתי כלשהו), אלא נדרש לעמוד גם ברף **ראייתי לכאורי וממשי**, תוך שעל בית המשפט **"להיכנס לעובי הקורה"**. מבין רבים, ראו בעניין **אולסייל**:⁴⁰

"הלכה היא כי התשתית הלכאורית שעל המבקש להציג לביסוס בקשת האישור אינה נבחנית על-פי אמות המידה ועל-פי הכללים המקלים הנוהגים לעניין סילוק תובענה על הסף בהעדר עילה. הכללים שנקבעו לצורך אישור בקשה לניהול תובענה כייצוגית מחמירים יותר ולפיהם לא ניתן להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה ועל מבקש האישור להציג בטיעונים ובראיות לכאוריות בסיס ממשי - עובדתי ומשפטי - התומך בתביעתו. עוד נפסק כי על מנת שבית המשפט ישתכנע כי קיימת לכאורה אפשרות סבירה ש"שאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה" עליו להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, אם היא מגלה עילה טובה ואם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת התובעים".

כמו כן ראו בדברי כבוד השופטת ארבל, שם, בסעיף 40 (בדעת מיעוט).

עוד ראו בעניין **מגדל**:⁴¹

³⁸ ראו: סעיפים 22-49 לבקשה מטעם אל על; סעיפים 43 ו-107-116 לבקשה מטעם בריטיש שטוענת, שבית משפט קמא **"הנמיך בהחלטה, באופן חסר תקדים את מידת ההוכחה... עד כדי העלים אותה כליל..."** (סעיף 110 לבקשה); סעיפים 3 ו-55-62 לבקשה מטעם לופטנהוזה וסוויס.

³⁹ מעניין לציין, שבארצות הברית לא נבחנים סיכויי ההליך כתנאי נפרד לאישור ניהול התובענה כייצוגית. עם זאת סיכויי ההליך כן נבחנים במסגרת בקשות לסילוק על הסף. להרחבה ראו: אלון קלמנט רות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" **עיוני משפט** מב 2019 5 (להלן: **"קלמנט ורונן"**). בהערת שוליים 12 למאמרם, והאסמכתאות שם.

⁴⁰ ע"א 5378/11 **פרנק נ' אולסייל** (פורסם בנבו, 22.9.2014), בסעיף 3 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה אז) חיות (להלן: **"עניין אולסייל"**).

⁴¹ רע"א 3489/09 **מגדל** **חברה לפיתוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ פ"ד סו(1) 633, 653-654 (2013)** (להלן: **"עניין מגדל"**).

"המבחנים לאישורה של תובענה ייצוגית הם מחמירים מאלה שעל-פיהם נבחנת בקשה לסילוק על הסף של תביעה רגילה. על התובע הייצוגי להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתו... בית המשפט שזן בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה, ולבחון היטב – משפטית ועובדתית – האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית... מבחינים אלה לא נקבעו בעלמא, אלא נועדו להביא לשימוש מושכל בכלי התובענה הייצוגית, לנוכח השפעתו המכרעת על הנתבעים ועל התנהלותם העסקית".⁴²

34. כמו כן נקבע, שהרף הנדרש לצורך אישור ניהול תובענה כייצוגית הוא רף גבוה יותר מזה הנדרש לצורך קבלת בקשה לגילוי מסמכים במסגרת הדיון בבקשת האישור. גם לצורך גילוי מסמכים נקבע, שלא די בכך שלא מדובר בתובענת סרק אלא נדרשת "תשתית ראייתית ראשונית".⁴³ מכל מקום, לצורך אישור ניהול תובענה כייצוגית נדרש לעמוד ברף ראייתי משמעותי אף יותר.⁴⁴

35. עוד נפסק, שלשם אישור ניהול תובענה כייצוגית לא די ב- "חשד גרידא", או ב- "השערות וספקולציות גרידא" לקיומה של עילת תביעה, אלא נדרשות "ראיות לכאוריות" שיציגו "בסיס ממשי- עובדתי ומשפטי" התומך בתביעה (ראו עניין **אולסייל**, פסק הדין של כבוד השופטת חיות, סעיפים 3-4, 6).

36. ראו גם בדבריו של כבוד השופט דנציגר בעניין **מגדל**, שהטעים את החשיבות בהצבת רף ראייתי הולם לאישור ניהול תובענה כייצוגית, גם מבחינת ההשלכות הרוחביות הכרוכות באישור ניהול תובענה כייצוגית:

"מן הראוי לטעמי למנוע מצבים שבהם כל מאן דהוא החפץ לנהל תובענה ייצוגית יוכל לעשות כן, גם מבלי שצלח את חובתו לבסס בראיות לכאורה את עילת התביעה. הקלה מעבר לנדרש באשר לרף הראייתי בו צריך לעמוד התובע הייצוגי עלולה לגרור תוצאות שלהן השלכות מערכתיות בלתי רצויות, הן על מערכת המשפט והן על המשק וחי המסחר והכלכלה. משכך, שומה על בתי המשפט להקפיד על כך שרק תביעה שהונחה תשתית ראייתית לכאורית לביסוס עילתה, יתאפשר ניהולה כתובענה ייצוגית".⁴⁵

37. מהצד השני, יש לזכור, שהליך הבקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית הוא הליך מקדמי, ומשכך אין להחמיר בדרישות הראייתיות בשלב זה, יתר על המידה, באופן שימנע הגשת תובענות ייצוגיות ראויות. על כן, החוק לא דורש להוכיח בשלב זה את עילת התביעה במאזן הסתברויות, אלא רק להראות שקיימת אפשרות סבירה שהתובענה תתקבל. עוד לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות נקבע בעניין **טצת**:⁴⁶ "אין להפוך את הפרוזדור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו להליך זה להוות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית". כך גם לאחר חקיקת החוק, בדברי כבוד השופט פוגלמן בעניין **מגדל**, בסעיף 15:⁴⁷

"אישור בקשה לניהול תובענה ייצוגית משמעו קביעה לכאורית כי עסקינן בתובענה שיש

⁴² עוד ראו: רע"א 9617/16 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר** (פורסם בנבו, 28.10.2018), בסעיף 16 (להלן: "עניין לפינר"); ע"א 7928/12 **אי.א.א. טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ**, בסעיף 23 (פורסם בנבו, 22.1.2015).

⁴³ ראו: תקנה 4(ב) (לתקנות תובענות ייצוגיות תש"ע-2010) (להלן: "תקנות תובענות ייצוגיות"). להרחבה בנוגע לטיבו של הנטל הראייתי הראשוני במסגרת בקשת לגילוי מסמכים בבקשת האישור, ראו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית המשפט הנכבד ביום 7.8.2020 בעניין רע"א 6646/19 **ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ נ' MAN Truck and Bus AG** (ההליך תלוי ועומד), בסעיפים 113-122 לעמדה. העמדה פורסמה ב- <https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/6646-19/he/6646-19.pdf>.

⁴⁴ ראו: רע"א 8649/17 **חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' תגר**, בסעיף 20 (פורסם בנבו, 16.4.2018); רע"א 4841/18 **פרטנר תקשורת בע"מ נ' כרמי**, בסעיף 15 (פורסם בנבו, 12.8.2019).

⁴⁵ ראו גם דברים דומים של כבוד הנשיא (בדימוס) גרוניס בעניין רע"א 729/04 **מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ** (פורסם בנבו, 26.4.2010), בסעיף 10.

⁴⁶ רע"א 4556-94 **טצת נ' זילברשץ פ"ד מט(5) 774, 787 (1996)**.

⁴⁷ אמנם, כבוד השופט פוגלמן היה שם בדעת מיעוט מבחינת התוצאה, אולם נראה שדברים אלו לא היו במחלוקת, כעולה מפסק דינו של כבוד השופט דנציגר שם.

אפשרות סבירה שהטענות המועלות בה תוכרענה לטובת חברי הקבוצה. הא ותו לא. הטלת נטל גבוה מזה ביחס לתשתית הנדרשת עלולה לגרום לכך שתובענות מוצדקות לא תעבורנה את הרף הדרוש... תוצאה כזו, אשר אינה נותנת ביטוי מספק לאופיו המקדמי של הליך בקשת האישור, אינה יעילה ואינה רצויה."

ובפסק דינו של כבוד השופט דנציגר שם: "הבחנה זו... אינה הבחנה עיונית בלבד אלא צריך שינתן לה משקל ממשי באופן שלא יוצב בפני תובעים ייצוגיים רף הוכחה גבוה מדי, דבר שעלול להביא לכרסום באפקטיביות של כלי התובענה הייצוגית".

ובעניין עמוסי⁴⁸ נאמר: "די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת "אפשרות סבירה" להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא, ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובירור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן היא אינה ראויה. נוסף על כך, דיון שמתבצע באופן זה אינו יעיל, מכיוון שנוצרת כפילות בין הדיון בגוף התובענה לבין הדיון בבקשת האישור... אין הצדקה להרחבת היריעה בשלב המקדמי של אישור התובענה הייצוגית. יש להקפיד על בירור התנאים המוגדרים בחוק, והם לבדם".⁴⁹

כמו כן ראו בדברי כבוד השופטת ארבל, בעניין אולסייל⁵⁰, בסעיפים 41-42:

"יש להישמר מפני הצבת דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע בשלב האישור, אשר עלולות לרפות את ידיהם של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים.... כדי לספק תמריץ להגשת תובענות ייצוגיות ראויות ועילולות שקיים אינטרס ציבורי בבירור, הוגבל הנטל בשלב מקדמי זה לביסוס אפשרות סבירה להכרעת התביעה לטובת הקבוצה, הא ותו לא".

38. כפי שעולה מציטוטי הפסיקה שהובאו לעיל, העיקרון שאין להכביד יתר על המידה בדרישות הראייתיות המופנות כלפי התובע המייצג בשלב האישור נובע מטעמי היעילות הדיונית, מהתפיסה שמדובר בהליך מקדמי, ובעיקר מהצורך לאפשר קידום ואישורם של הליכים ייצוגיים ראויים בעלי חשיבות ציבורית. בנוסף, עיקרון זה בוסס בפסיקה גם על הכללים הדיוניים המוגבלים העומדים לתובע המייצג בשלב זה (בהשוואה לשלב התביעה), שבאופן מובנה מקשים על הוכחת עילת התביעה בשלב האישור⁵¹ וכן על פערי המידע הקיימים במקרים רבים בין התובע המייצג לבין הנתבע בשלב האישור, באופן שמצדיק גם הוא לא לקבוע רף ראייתי מחמיר מדי לאישור התובענה, באופן שימנע אישור הליכים ייצוגיים ראויים.⁵²

39. עוד יצוין, שנפסק, שבשלב האישור הראיות יכולות להיות ראיות נסיבתיות ולא דווקא ראיות ישירות, זאת בהינתן הקושי להוכיח את הפרות הדין בראיות ישירות ובהתחשב בפערי המידע בין הצדדים ובכך שבדרך כלל הנתונים הרלבנטיים מצויים בידי הנתבעים.⁵³

40. אם כן, הפסיקה יצרה איזון מידתי, באופן זה, ששלב האישור הוא שלב משמעותי שדורש ביסוס ראייתי לכאורי וממשי של האפשרות הסבירה שהתובענה תתקבל, אולם מצד שני, אינו מחליף את ההליך העיקרי

⁴⁸ רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (פורסם בנבו, 5.7.2012), בסעיף 15 לפסק הדין של כבוד השופט ריבלין.

⁴⁹ ראו גם בדברי כבוד השופטת ברק ארז, עניין מגדל, סעיף 59; ובדברי כבוד השופטת ברוך בעניין לפינר, בסעיף 16.

⁵⁰ אמנם, כבוד השופטת ארבל הייתה שם בדעת מיעוט מבחינת התוצאה, אך נראה שדברים אלה אינם במחלוקת. ראו גם בסעיף 6 לפסק דינה של כבוד השופטת חיות שם.

⁵¹ בכלל זה הזכות המסויגת והמצומצמת לגילוי מסמכים בשלב זה (ראו סעיף 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות), הזכות המוגבלת לחקירת עדים, והיעדר זכות בשלב זה לשליחת שאלונים ודרישת פרטים נוספים או הודיות.

⁵² ראו: עניין מגדל: פסק דינו של כבוד השופט דנציגר, סעיפים 12-16 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן; עניין אולסייל: סעיפים 41, 59 לפסק הדין של כבוד השופטת ארבל וסעיף 5 לפסק דינה של כבוד השופטת חיות; ע"א 2112/17 גרסט נ' נטוויזון בע"מ (פורסם בנבו, 2.9.2018), בסעיפים 37, 39, 41 לפסק הדין (להלן: "עניין גרסט").

⁵³ ראו: עניין אולסייל, בסעיף 99 לפסק הדין של כבוד השופטת ארבל וסעיף 6 לפסק דינה של כבוד השופטת חיות.

ולא דורש בשלב זה הוכחה של עילת התביעה במאזן הסתברויות אלא מציב רף ראייתי נמוך יותר,⁵⁴ באופן שמתחשב בטיב המקדמי של הליך האישור, בפערי המידע בין הצדדים, בכלים הדיוניים המוגבלים בשלב זה, ובצורך לאפשר אישור הליכים ייצוגיים ראויים. כפי שסיכמה את הדברים כבוד השופטת ברק ארז בעניין מגדל, בסעיף 59:

”הבחינה הלכאורית בשלב אישורה של התובענה הייצוגית אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים, וכי יש להביא בחשבון את פערי המידע הקיימים בין הצדדים. עם זאת, אין משמעות הדברים שהנטל המוטל על התובעים הייצוגיים יהיה קל כנוצה. על התובע הייצוגי להרים נטל ראשוני – נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי שיהיה כבד מנשוא, תוך שבית המשפט נותן דעתו, בכל מקרה ומקרה, לקושי היחסי העומד בפני התובע הייצוגי כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה.”⁵⁵

1. מהכלל אל הפרט – באופן עקרוני, הודיית חוץ של בעל דין עשויה להספיק לשם אישור ניהול תובענה כייצוגית

41. על יסוד האמור, יידרש כעת היועץ המשפטי לממשלה למחלוקת הצדדים בענייננו בסוגיית הרף הראייתי הנדרש לאישור ניהול תובענה כייצוגית. כאמור, חברות התעופה (המבקשות) טוענות, שבית משפט קמא הניח נטל ראייתי קל מדי לצורך אישור ניהול התובענה כייצוגית שאינו תואם, לשיטתן, את פסיקת בית המשפט העליון. 42. היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שברמה העקרונית** (ומבלי להביע עמדה בנוגע לניתוח הראיות הקונקרטיות), ראיות מסוגן של הודיות המבקשות בהליכים מחוץ לישראל, **עשויות לעמוד ברף הנדרש לשם ביסוס לכאורי של עילת התביעה בהתייחס לקיומו של קרטל, וזאת ברמה הנדרשת לשם אישור ניהול תובענה כייצוגית** (וכמובן בכפוף לעמידה בכל התנאים לאישור התובענה הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות). על כן, **אין לקבל את טענת המבקשות, שברמה העקרונית, אישור ניהול תובענה כייצוגית על בסיס הודיות אלו (ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שתוכנן תומך בעילת התביעה) אינו עומד בנטל הראייתי שנקבע בפסיקה.**

כך, משום שהודיות כאמור הן ראיות קבילות כמפורט לעיל בהרחבה. כך גם משום, שלהודיית בעל דין (גם אם מדובר בהודיית חוץ ולא בהודיה פורמלית) נודע במקרים רבים משקל ראייתי משמעותי, כמפורט לעיל, בסעיפים 22, 26. כך אף **ביתר שאת** (כאמור שם), כשמדובר בהודיות **במסגרת הליכים משפטיים** לפני גופים שפועלים על פי כללים וסטנדרטים ראויים (גם אם מחוץ לישראל). על כן, הגם שבסופו של דבר **ההודיות ייבחנו לגופן ומשקלן הראייתי עשוי מטבע הדברים להשתנות ממקרה למקרה ובהתאם לבחינת מכלול הראיות שהוגשו בהליך** (עניין **יחזקאל**, 572), במקרים המתאימים, ראיות מסוגן של הודיות בעל דין **עשויות להספיק לאישור ניהול תובענה כייצוגית**, וכידוע, במשפט האזרחי, לא נדרשת בהכרח תוספת ראייתית לראיה מסוג הודיית בעל דין.

⁵⁴ אמנם, קיימים מקרים חריגים שבהם כבר בשלב האישור יכריע בית המשפט בעילת התביעה לגופה ולא רק ברמה הלכאורית. לדיון בסמכות זו לאחרונה ראו: ע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.2.2020); דנ"א 1953/20 אי די אי חברה לביטוח בע"מ נ' שמעון (פורסם בנבו, 2.3.2021), בסעיף 7.

⁵⁵ יצוין, כי פלינט וויניצקי (אביאל פלינט חגי וויניצקי **תובענות ייצוגיות** 2017, 165-172), סבורים, שניתן להצביע על גישות שונות בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לטיב הנטל הנדרש לביסוס ראייתי של עילת התביעה בשלב האישור (פלינט וויניצקי עצמם סבורים, שיש לאמץ גישה מחמירה הדורשת בדיקה קפדנית של סיכויי התביעה (שם, 195-196)). ראו גם: **קלמנט ורוגן**, 30-31 (לעיל, הערה 39). עם זאת, יוער, שייתכן, שחילוקי הדעות בכמה פסקי דין (למשל בעניין אולסייל ובעניין מגדל שצוינו לעיל) לא נובעים בהכרח מגישות עקרוניות שונות, אלא ממחלוקת בין חברי ההרכב שם, ביישום העקרונות המוסכמים על הנסיבות הקונקרטיות. מכל מקום, נראה כי העקרונות שהוצגו למעלה, מקובלים ומוסכמים בפסיקת בית המשפט העליון.

היועץ המשפטי לממשלה סבור שכך נכון לקבוע גם על רקע הפסיקה שהובאה לעיל, בדבר הצורך, **שלא להציב דרישות מחמירות מדי בפני התובע המייצג, באופן שעלול למנוע אישור הליכים ייצוגיים ראויים ובעלי חשיבות ציבורית**, בהתחשב בכלים הדיוניים המוגבלים העומדים לרשות התובע המייצג בשלב האישור, ובהתחשב בפערי הכוחות והמידע בין הצדדים בשלב זה.

43. **סיכום הדברים בעניין זה** : היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי קביעותיו של בית משפט קמא (בסעיפים 48-49 להחלטה) מתיישבות עם פסיקת בית משפט נכבד זה בנוגע לרף הראייתי הנדרש בשלב האישור, כפי שפורטה לעיל. ובלשונו של בית משפט קמא בהחלטתו, שם :

"נוכח השלב הדיוני בו אנו נמצאים... הרף הראייתי הנדרש על פי סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות הוא קיומן של ראיות לכאורה המגבשות אפשרות סבירה כי השאלות שבמחלוקת יוכרעו לטובת הקבוצה... בשים לב לרף האמור, סבורני כי די בצירופן המצטבר של ההודאות והפשרות בהליכים שנוהלו בחו"ל, עליהן נסמכת הצלחה, כדי לשמש תשתית ראייתית לכאורית להוכחת קיומו של הקרטל..."

והכל, ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שתוכן ההודיות ופרשנותן הראויה תומכות בעילת התביעה (ושאלה קונקרטית זו יותר היועץ המשפטי לממשלה לשיקול דעת בית המשפט הנכבד).

2. התחשבות במאפיינים של תחום מסוים, לצורך יישום הרף הראייתי שנקבע לאישור

ניהול תובענה כייצוגית

44. טענה עקרונית נוספת של המבקשות אליה יראה להידרש היועץ המשפטי לממשלה היא הטענה, שאין מקום לקביעת נטל הוכחה מקל דווקא בנוגע לבקשות אישור בעניין תיאום מחירים על ידי קרטלים (כפי שעולה מהחלטת בית משפט קמא (סעיפים 43-49 להחלטה)), וכי קביעה כזו היא עניין למחוקק (ראו למשל בסעיף 114 לבקשת בריטיש). מנגד, טוענת הצלחה, שבצדק התחשב בית משפט קמא בכך, שבתחום דיני התחרות קיימים קשיים אינהרנטיים להוכיח קיומו של הסדר כובל על ידי קרטל, הואיל ותיאום מחירים נעשה בסתר ובמחשכים (סעיפים 126-128 לתשובתה).

45. אכן, הדרישה הראייתית העקרונית המוטלת בפני המבקש להיות תובע מייצג היא דרישה אחידה כפי שקבועה בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות : **ביסוס אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה**. דרישה זו יפה לכל סוגי התובענות הייצוגיות. אולם, דרישה זו ל- "אפשרות סבירה" היא **דרישה מופשטת, הדורשת קונקרטיזציה**. על כן, כפי שפורט לעיל, בפסיקה נקבעו עקרונות שונים לפרשנות וליישום דרישת המחוקק שבנדון.

46. ברי, שיישום הדרישה לאפשרות סבירה לקבלת התובענה **משתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות הפרטניות**. לאור זאת, **היועץ המשפטי לממשלה סבור** (בדומה לקביעות בית משפט קמא הנכבד), שבתחומים ובמקרים שבהם קיימים קשיים אינהרנטיים מיוחדים בפני התובע המייצג, **יהיה מקום לקבוע רף הוכחה מתאים לתחום זה, בגדר פרשנות ויישום דרישת המחוקק לאפשרות סבירה לקבלת התובענה**. כך גם ניתן להתחשב בחשיבות ציבורית בעידוד תובענות ייצוגיות בתחום מסוים כאכיפה אזורית משלימה הנדרשת באותו תחום, כשמיישמים את אמות המידה הכלליות, לבחינת קיומה של עילת תביעה לכאורית באותו תחום.

47. בעניין זה, יפנה היועץ המשפטי לממשלה לפסק דינה של כבוד השופטת ברק ארז בעניין **מגדל**, בסעיף 59, שם הוטעם כי בקביעת נטל ההוכחה בשלב האישור על בית המשפט לתת דעתו **"בכל מקרה ומקרה לקושי היחסי העומד בפני התובע הייצוגי כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה"**. בדומה, ראו בפסק דינו של כבוד השופט דנציגר שם,

ביחס לעיקרון לפיו אין להציב בפני תובעים מייצגים "רף הוכחה גבוה מידי שעלול להביא לכרסום באפקטיביות של כלי התובענה הייצוגית", כי "הדברים נכונים ביתר שאת במערכת יחסים בין מבטח למבוטח בה למבטח ישנה שליטה על מסמכים מהותיים שלא נמצאים בידי המבוטח, מסמכים שעשויים לסייע רבות להוכחת עילת התביעה בשלב אישור התובענה כייצוגית". כך נקבע גם בעניין גרסט,⁵⁶ בסעיפים 36-39 :

"פערי הכוחות בין צדדים להליך של תובענה ייצוגית אינם חדשים עמנו; פסיקתנו עמדה על הבעיה הזו, והתמודדה עמה בהקשרים ובאופנים שונים... פערי מידע אלו נשקלים במניין שיקוליה של הערכאה הדיונית בצמתים שונים של ההליך... או במסגרת קביעת רף ההוכחה הלכאורי בשלב בקשת האישור... אחת ההשלכות האפשריות של פערי המידע בין צדדים לתובענה ייצוגית, היא הצבת רף ראייתי נמוך יחסית בקשר לדרישות הסף לאישור תובענה כייצוגית, בד בבד עם קביעה שאם המבקש עמד ברף זה, מועבר נטל הראיה אל... המשיב לבקשה... האפשרות של הצבת רף ראייתי נמוך והפיכת נטל הראיה כלפי העוסק, מתאימה יותר בנוגע לסיכויי התובענה באותם מצבים שבהם יש עובדות וראיות בקשר לעילת התביעה המצויות בידי העוסק. במצב דברים שכזה, כאשר המבקש מגבש תשתית ראשונית לתביעתו ואילו העוסק נמנע מלהפריכה, יתכן שיהא די בכך על מנת לבסס את סיכויי התביעה בשלב המקדמי של בקשת האישור".

48. הקלת הנטל הראייתי המוטל על התובע המייצג בשלב האישור, באותן תביעות (או סוגי תביעות) שבהן קיימים פערי מידע משמעותיים בין הצדדים (בין היתר, לאור ראיות רלבנטיות המצויות בידי הנתבע שאינו מגישן), ובנוסף קיימת הצדקה במכלול נסיבות המקרה להקל על הנטל הראייתי כאמור, מבוססת בפסיקה, בין היתר, גם על ההלכה הידועה לפיה צד שבידו ראיה רלבנטית ואינו מגישה לבית המשפט, ניתן להניח (כל עוד לא הוברר אחרת) שהראיה פועלת לחובתו של אותו בעל דין שנמנע מהגשתה.⁵⁷ עם זאת, הלכה זו תיושם בתובענות ייצוגיות בהתאמות הנדרשות, בשים לב לאופיים של הליכים אלה, ובהתחשב במכלול נסיבות המקרה הפרטני.

49. עוד ראו בעניין **אולסיל**, סעיף 41 לפסק הדין של כבוד השופט ארבל,⁵⁸ שיש לתת ביטוי למידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית, וכאשר קיימת חשיבות ציבורית רבה בהליך הייצוגי הקונקרטי המקדם את תכליות החוק, אין לקבוע רף ראייתי מחמיר מידי :

"יש להישמר מפני הצבת דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע בשלב האישור... הקשחת תנאי הסף מקום בו התובענה הייצוגית מוצדקת על פניה ועוסקת בעניין בעל חשיבות ציבורית רחבה, תוביל לתוצאה בלתי רצויה לטעמי - תוצאה החוטאת לתכלית הצרכנית המונחת ביסוד חוק התובענות הייצוגיות. תכלית זו עניינה, כאמור, בקידום זכות הגישה לבית המשפט כדי להבטיח אכיפה יעילה של הדין והרתעה מפני הפרתו".

50. כמו כן ראו בדברי קלמנט ורון, 31-32, לעיל, הערה 39: "רף ההוכחה... אינו אחיד בכל סוגי התביעות. הוא נגזר מהנסיבות הספציפיות של כל מקרה... מהצורך ביצירת הרתעה הולמת... ומהמידה שבה התביעה מתאפיינת בפערי מידע בין הנתבע לתובע... ככל שפערי המידע בין הנתבע לתובע גדולים יותר, רף ההוכחה צריך להיות נמוך

⁵⁶ יצוין, כי פסק דין גרסט התמקד מבחינה אופרטיבית בשאלה שעלתה באותו הליך, האם יש מקום, במקרים מסוימים, להפוך את נטל ההוכחה ולהטילו על הנתבע, בהתייחס להוכחת קיומה של קבוצה. מכל מקום, במהלך הדברים, פסק הדין התייחס גם לשאלת רף ההוכחה הנדרש לצורך ביסוס לכאורי של עילת התביעה, כמצוטט למעלה.

⁵⁷ ראו: עניין גרסט, סעיף 39; עניין מגדל, סעיף 16 לפסק הדין של כבוד השופט פוגלמן (כבוד השופט פוגלמן היה שם בדעת מיעוט מבחינת התוצאה).

⁵⁸ כבוד השופט ארבל אמנם הייתה שם בדעת מיעוט מבחינת התוצאה, אך לא בעניין זה.

יותר...".⁵⁹ הם עומדים גם על הרלבנטיות של שאלת החשיבות הציבורית של התובענה לעניין הרף הראייתי הנדרש בשלב האישור (ראו שם בעמודים 23-25) ומסכמים כי: "מדובר אם כן במבחנים גמישים, אשר לצורך יישומם יש להביא בחשבון מכלול של גורמים ונסיבות ולאזן ביניהם כדי להגיע לתוצאות המיטביות במקרה הקונקרטי" (שם, עמוד 25).⁶⁰

51. אם כן, בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, במסגרת יישום דרישת החוק מהתובע המייצג, לבסס קיומה של אפשרות סבירה לקבלת התובענה, כתנאי לאישור ניהול תובענה כייצוגית, יש לבחון ולתת משקל לנסיבות התובענה הספציפית, או לסוג התובענות שבהן מדובר, ובכלל זה, בין היתר, לשאלה האם קיימים פערי מידע מהותיים בין התובע המייצג לנתבע היוצרים קושי ממשי בעניין, ולמידת החשיבות הציבורית של ההליך הייצוגי הנדון, כאשר, במקרים המתאימים, הרף הראייתי הנדרש בנסיבות המקרה ייושם בשים לב לשיקולים אלה.

52. על כן, סבור היועץ המשפטי לממשלה, שיש לדחות את טענת המבקשות לפיה שגה בית משפט קמא, כביכול, כשנתן משקל בקביעת רף ההוכחה הנדרש לעילת התביעה בשלב האישור, לפערי המידע בין הצדדים בתביעות ייצוגיות מסוג זו שלפנינו, לקשיים הראייתיים האינהרנטיים והמיוחדים בתחום זה ולמידת החשיבות הציבורית של הליכים ייצוגיים ראויים בנדון (ראו: סעיפים 39-49 להחלטה). לגישת היועץ המשפטי לממשלה, דרך הילוכו של בית משפט קמא בנדון, מיישמת כראוי את פסיקת בית המשפט הנכבד, תוך מתן קונקרטיזציה לעקרונות הכלליים שנקבעו בפסיקה ויישומם בתחום הספציפי של תובענות ייצוגיות בעילות הנוגעות לתיאום מחירים על ידי קרטלים.

3.3. יישום הרף הראייתי לאישור ניהול תובענה כייצוגית בשים לב למאפיינים ייחודיים

של תביעות ייצוגיות בעניין תיאום מחירים על ידי קרטלים

53. כעת, יראה היועץ המשפטי לממשלה לעמוד על מאפיינים ייחודיים של תביעות ייצוגיות בעניין תיאום מחירים על ידי קרטלים, שיש להתחשב בהם (כאמור לעיל) ביישום הרף הראייתי הנדרש, לצורך אישור ניהול תובענה כייצוגית.

54. בית משפט קמא עמד באופן כללי (בסעיף 47 להחלטה), על פערי המידע וקשיי ההוכחה האינהרנטיים בתובענות הנוגעות לקיומו של הסדר כובל במסגרת קרטל, במקרים רבים. "התנהלות קרטליסטית מוסתרת ומוסווית על ידי גופים חזקים ומתוחכמים וחשיפתה אינה פשוטה כלל ועיקר". כך, מעצם טיבו של קרטל אסור, פעולתו נעשית במחשכים ובהיחבא וידועה בדרך כלל רק למשתתפים בקרטל. על כן, קיים קושי ממשי בפני תובע מייצג פוטנציאלי להשיג את המידע הדרוש שיוכיח את הפרת הדין, באשר המידע מצוי בידי הנתבעים בלבד ואינו מפורסם לרבים. ראו בעניין זה גם אינדיג וגל,⁶¹ 36: "בין המפגעים ובין ניזוקיהם קיימים לעיתים פערי מידע משמעותיים. כך, למשל, קיומו של קרטל מוסתר, מטבע הדברים, מהציבור. הוכחת קיומו של קרטל שנערך מעבר לים קשה עשרות מונים".

55. בנוסף לפערי המידע ולהתנהלות במחשכים, קיימים קשיים ייחודיים נוספים העומדים בפני המבקש להיות תובע

⁵⁹ עוד ראו שם בעמוד 19: "בית המשפט יכול- תוך הכרה בהטיה שפערי המידע יוצרים וניסיון לצמצם את השפעתם- להנמיך את רף ההוכחה שנדרש מהתובע...".

⁶⁰ כך, למשל, לדעת קלמנט ורוגן (שם, 34-35), בתחום דיני העבודה, ככלל, רף ההוכחה צריך להיות נמוך יחסית, לאור פערי המידע המשמעותיים בין העובדים למעסיק, לאור מחסור בתמריצים לתביעה, ולאור צורך משמעותי בהרתעה לנוכח הפרות דין רווחות שגורמות נזק ממשי לעובדים. לעומת זאת, לגישתם (שם, 32-34), ביחס לתביעות ייצוגיות הנוגעות לסימוני מזון, יש מקום לרף הוכחה גבוה יותר, היות ולא קיימים פערי מידע משמעותיים הרלבנטיים לעילת התביעה, במקרים רבים מדובר בהפרות טכניות של הוראות הדין שלא גרמו נזק ממשי לקבוצה וכן, במקרים רבים, מדובר בתביעות בעלות בסיס משפטי רעוע.

⁶¹ תמר אינדיג ומיכל גל דוקטרינת ההשפעות כבסיס לתחולה חוץ-טריטוריאלית של החוק הישראלי, אוניברסיטת חיפה (2020) (פורסם במרשתת בכתובת: <https://law.haifa.ac.il/images/Docs/doctrine.pdf>). להלן: "אינדיג וגל".

מייצג בנוגע לתיאום מחירים במסגרת קרטל, כפי שפורט בהחלטת בית משפט קמא, בסעיף 46.⁶²

56. כאשר מדובר בקרטל בינלאומי (כבענייננו), הקושי אף עולה, כאמור בסעיף 47 להחלטת בית משפט קמא: **"בקרטלים בינלאומיים קיים מימד נוסף אשר מקשה על הגשת תביעה – השתתפותן של חברות זרות אשר פועלות מחוץ לישראל, רחוק מעינה של רשות התחרות הישראלית. הקושי האמור ביחס לקרטלים בכלל, וקרטלים בינלאומיים בפרט, מביא לא אחת לתת-אכיפה ולהחלשת ההרתעה..."**

כמו כן ראו בעניין זה באמור בסעיף 10 לסיכום טענות היועץ המשפטי לממשלה בהליך קמא (מצ"ב כנספח ב'):

"בכל הנוגע לקרטלים בינלאומיים שבהם כל החברות או חלקן, הן חברות זרות...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..."

גם לאור קשיים אלה, סבור היועץ המשפטי לממשלה, שאין מקום לקבוע רף הוכחה מחמיר מידי בשלב אישור ניהול התובענה כייצוגית בתובענות שכאלו, שיהווה מחסום בפני הגשת תובענות ייצוגיות ראויות בתחום זה.

57. לצד הקשיים הייחודיים בהגשת תובענות ייצוגיות בתחום זה, חשוב להטעים את **החשיבות הציבורית** והצורך בהגשת תובענות ייצוגיות ראויות בנושא. כפי שנאמר בסעיף 44 להחלטת בית משפט קמא:

"דיני התחרות הכלכלית הם אחד מאותם תחומים אשר בהם הצורך בשימוש בתובענה הייצוגית הוא מובהק וברור... שילובם של דינים אלה עם כלי התובענה הייצוגית הוא אך טבעי, ונועד להגביר את האכיפה של דיני התחרות בישראל והרתעת מעוולים מהפרתם. בתחום התחרות הכלכלית ניצב האזרח הקטן מול גופים כלכליים גדולים וחזקים. כאשר אותם גופים מתקשרים בהסדר כובל... הנזק שנושא כל צרכן הוא ברוב המקרים קטן, ואין די בו כדי לתמרץ הגשת תביעה אישית. ואולם, סך הנזק שנגרם לכלל ציבור הצרכנים עשוי להיות גדול ומשמעותי מאד. יתרה מכך, אפילו יתבע הצרכן את נזקו האישי, לא יביא הדבר להרתעה מפני הפרת החוק. מכאן, מתעצם הצורך בתובע ייצוגי שיתבע את זכותם של כל חברי הקבוצה שנפגעו..."⁶³

היועץ המשפטי לממשלה יחזור בעניין על דבריו בסעיף 8 לסיכומים שהגיש בהליך קמא:

"התובענה הייצוגית מהווה אמצעי משלים לסמכויות הפליליות והמנהליות המצויות בידי הרשויות... מעבר לתפקידה הציבורי החשוב בהעברת פיצוי לניזוקים, התובענה הייצוגית היא אמצעי אכיפה משלים, במקרים שבהם התנהלות... של מנהלי עסקים לא הגיעה לידי הרשות... לא נבדקה על ידה, 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 מעוולי הגבלים כספיים והגברת ההסתברות כי יידרשו לשאת באחרות על עוולתם חשובה מאד לשם הרתעת מנהלי עסקים, מהסדרים קרטליסטיים..."

58. זאת ועוד: החשיבות באכיפה הפרטית באמצעות הגשת תובענות ייצוגיות ראויות מתעצמת כאשר מדובר בקרטלים

בינלאומיים (כבענייננו) שבהן חלק מחברות הקרטל הן חברות זרות (שגרמו נזקים לצרכן הישראלי), כאשר **"ניהול**

⁶² כאמור שם, בקשת אישור בתחום זה מחייבת, ככלל, הגשת חוות דעת כלכלית. אף הוכחת הנזק בתביעות כאלה היא מאתגרת. כן ראו בעניין זה: מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים ההגבליים – ניתוח מצבת הסעדים הקיימים והצעות לשיפור" **עיוני משפט** ל"ה (2012), 33-37, העומדים על הקשיים המיוחדים בהוכחת העילה והוכחת הנזק בתחום זה וכן עומדים על מאפייני השוק הישראלי כשוק קטן שמקשים גם הם על העניין, ולעיתים לא מתמרצים הגשת הליכים משפטיים בנושא.

⁶³ עוד ראו: אמיר ישראלי "כוחו של השוק: התביעה הייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים" **משפטים** לו (תשס"ז) 131, הסבור כי "מוסד התובענה הייצוגית הוא הכרחי לאכיפתו הראויה של חוק ההגבלים העסקיים ושל הערכים שבבסיסו" (שם, עמוד 133), וכן: "אין די במנגנון האכיפה הפלילית... כדי להרתיע באופן אפקטיבי מפני עבירה על הוראות החוק... ביכולתה של התובענה הייצוגית ההגבלית לתרום באופן משמעותי לשינוי של מצב דברים זה... לתרום באופן משמעותי להרתעת עוסקים מפני ביצוע עוולות הגבליות... תובעים ייצוגיים עשויים לאכוף את החוק במקרים שבהם רשויות האכיפה בוחרות שלא לפעול, בין אם מאילוצי משאבים ובין אם משום הקשיים בהוכחת האשמה מעל לכל ספק סביר..." (138-140).

הליך משפטי נגד המעורבים הזרים כרוך בקשיים משפטיים ולוגיסטיים משמעותיים ביותר המקהים את הטעם בניהול הליכי אכיפה פליליים ובמידה מסוימת גם מנהליים" (סעיף 10 לסיכומי היועץ המשפטי לממשלה בהליך קמא), וממילא, כאשר קיימים קשיים באכיפה הציבורית, יש חשיבות ציבורית מיוחדת "בעידוד אכיפה פרטית כלפי החברות בקרטלים בינלאומיים" (שם).⁶⁴

59. עוד ראוי לציין, שרשות התחרות כמאסדר הרלבנטי בעל המומחיות בנדון ובעל ראיית רוחב בתחום זה של דיני התחרות, רואה חשיבות רבה באכיפה הפרטית המשלימה בכלל ובפרט על ידי תובענות ייצוגיות:

"רשות התחרות רואה בהגשה של תובענות ייצוגיות בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית כלי רב חשיבות להגברת אכיפת דיני התחרות בישראל, כהשלמה לסמכויות הפליליות והמנהליות המצויות בידי הרשות. נוכח חשיבותה הרבה של האכיפה הפרטית על דרך התובענה הייצוגית, רשות התחרות בוחנת דרכים לעודד הגשת תובענות ייצוגיות לפי חוק התחרות הכלכלית ובכלל זה פתיחת ערוץ קשר בין תובעים ייצוגיים לבין הרשות ומתן הכוונה כללית..."⁶⁵.

60. עוד יטעים היועץ המשפטי לממשלה, שהפרטים הכלולים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות שבעניינם (בלבד) ניתן להגיש תובענות ייצוגיות (ראו בסעיף 3 לחוק), נקבעו בתוספת השנייה, בין היתר, מתוך תשומת לב לצורך לאפשר ולקדם אכיפה פרטית בעניינם. ראו הצעת חוק תובענות ייצוגיות⁶⁶ בדברי ההסבר:

"הועדף מודל הדרגתי שלפיו מפורטים בתוספת לחוק העניינים שבהם ניתן להגיש תובענות ייצוגיות. תפיסת החוק היא שעדיפה בחינה נפרדת של התאמת ההליך לכל תחום בנפרד, תוך בחינה מהותית של מידת קשיי האכיפה שמעורר התחום, אמצעי האכיפה האלטרנטיביים, התועלת הכוללת שבהליך הייצוגי לקידומו של תחום מסוים..."⁶⁷. כך בכלל וכך גם ביחס לפרט 4 לתוספת, בנוגע לתביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית. המחוקק הקנה את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בתחום זה, מתוך הכרה בחשיבות הציבורית בתובענות ייצוגיות ראויות בנושא, המקדמות את התכליות של חוק התחרות ואת האינטרס הציבורי בכללותו. כך עולה גם מסעיף 1(2) לחוק תובענות ייצוגיות המונה בין תכליות החוק את "אכיפת הדין". על כן, יש לתת ביטוי לשיקול הנוגע לחשיבות הציבורית שבאכיפה הפרטית (שעומד ביסוד החוק), וזאת בצמתים המתאימים ובכללם בסוגיית יישום הרף הראייתי הנדרש, והכל, בשים לב לתחום הספציפי שבו מדובר ולנסיבות ההליך הקונקרטי ומידת חשיבותו.

61. לאור כל האמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שצדק בית משפט קמא הנכבד כשנתן משקל לחשיבות ציבורית זו,⁶⁸ במסגרת בחינת הראיות שלפניו ובמסגרת יישום הרף הראייתי שקבע המחוקק לשם אישור ניהול תובענה כייצוגית.

⁶⁴ראו גם אינדיג וגל, 30-33, הכותבים דברים דומים. ראוי לציין, שאינדיג וגל (בהערת שוליים 289 למאמרם) הביעו תמיכה בקביעותו של בית משפט קמא בענייננו, עמדו על חשיבות האכיפה הפרטית בנדון ועל הקשיים העומדים בפני תובע מייצג המבקש לקדם את טובת הכלל, וכתבו כי החלטת בית משפט קמא נותנת "רוח גבית נחוצה לאכיפה" (שם, עמוד 47).

⁶⁵ראו: <https://www.gov.il/he/Departments/General/claims>.

⁶⁶הצעת חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006, ה"ח ממשלה 234, 26.1.2006, בעמוד 257.

⁶⁷ראו דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל (פורסם בנבו, 17.12.2019), בסעיף 9 לפסק הדין של כבוד השופט הנדל (בדעת מיעוט, אבל לא בעניין זה): "לתכלית האכיפה וההרתעה מעמד מיוחד... המנגנון שנבחר על מנת להגשים תכליות אלה, מייצג הפרטה של אכיפת החוק במישור האזרחי והגברת הפיקוח האזרחי על גופים כלכליים גדולים... רותם נפגעים יחידים... לעגלת הפיקוח..."

⁶⁸היועץ המשפטי לממשלה יפנה גם לעמדתו שהוגשה לבית משפט זה בעניין ר.ל.פ.י. (לעיל, הערה 43) התלוי ועומד, שאף במסגרתה עמד על הקשיים העומדים בפני תובע מייצג בהוכחת קיומו של קרטל, לנוכח העובדה שהוא נעשה בחשאי, ובוודאי כשהוא נעשה בין תאגידים גדולים הפועלים מחוץ לגבולות המדינה (שם, בסעיפים 2, 14 לעמדה). הדברים שם נאמרו בהקשר של ניתוח ויישום דוקטרינת ההשפעות המקובלת בעולם (בנוגע לחברות זרות בקרטל שערכו תיאום מחירים אסור מחוץ לישראל, וביחס לשאלת חבותן הנוגעת למוצריהן שיובאו ונמכרו בישראל), ובנוגע לקביעת הרף הראייתי במסגרת בקשה לגילוי מסמכים בהליך של בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית, ביחס לעמידה בתנאי דוקטרינת ההשפעות. ראו שם, בסעיף 116 לעמדה. יצוין כי בענייננו כאן, קבע בית משפט קמא (בסעיף 61 להחלטתו) שאין צורך להידרש לדוקטרינת ההשפעות, היות "שהקרטל העולמי בו עסקינן חל על שירותים הנוגעים לשוק הישראלי במישרין – שילוח של סחורות מישראל ואליה – וממילא ברור שלדיני התחרות הכלכלית הישראליים תחולה ביחס לעוסקים שפעלו בשוק הישראלי בתחום השילוח הבינלאומי והיו חלק מהקרטל ובראשם אל-על".

62. היועץ המשפטי לממשלה יבהיר, שהעובדה שרשות התחרות לא חקרה את הפרשה ולא ניהלה הליכים פליליים ומנהליים נגד המבקשות (וזאת מחמת מכלול השיקולים הנוגעים להליכים אלה וגם בהתחשב במשאביה המוגבלים של הרשות), **אינה גורעת מהחשיבות הציבורית** בבירור התובענה הייצוגית שלפנינו, ובוודאי אינה מכשירה את התנהלותן של המבקשות. כפי שציין בית משפט קמא בסעיף 60 להחלטתו:

"אי העמדה לדין על ידי הרשויות השונות בעולם, ובכלל זאת על ידי רשות התחרות הישראלית, לא מלמדת על היעדר אחריות של מי מהמשיבות, ובוודאי שאינה מעניקה "תעודת הכשר" לפעולתן... ההליכים המתנהלים בעניין קרטלים בינלאומיים הם ארוכים, ובמסגרתם מחויבות הרשויות בשלבים רבים ובקיום חובות על פי דין, כגון הליכי שימוע. כל אלה מחייבים הקצאת משאבים רבים ויקרים, ועל כן על רשויות התחרות לכלכל את צעדיהן במסגרת אותה מציאות של משאבים מוגבלים".

עוד ראו והשוו לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **צולר**⁶⁹:

"הרגולטור ככל גוף מנהלי פועל במגבלות תקציביות ותחת סדרי עדיפויות. על כן, שיקולים רבים ומגוונים עשויים להנחות את פעילותו; ואין לראות בהיעדר פעולת אכיפה מצד הרגולטור כהיעדר צורך באכיפה... העובדה שרגולטור לא אכף נורמה מסוימת, אינה מעידה על כך שהיא לא הופרה..."

לפיכך, **יש לדחות את טענת אל על** (בסעיף 82 לבקשתה) שיש לייחס משקל לכך, שהרשות לא חקרה את הפרשה. 63. בית משפט קמא עמד גם על פערי המידע המשמעותיים בין הצדדים **בהליך הקונקרטי**. נקבע, שבענייננו היקף המידע הפומבי הנגיש לבאי הכוח המייצגים מוגבל ומתמצה בהסדרי הפרשה והסדרי הטיעון בהליכים מחוץ לישראל שפורסמו לציבור (סעיף 41 להחלטה); עוד נקבע כי **"המשיבות... עשו כל מאמץ על מנת שלפני בית המשפט לא ימצא מידע נוסף ביחס לשאלת קיומו של הקרטל"**, תוך הבאת עדים מטעמם שלא יכלו למסור מידע רלבנטי מכלי ראשון; והמבקשות אף דחו את הצעת בית המשפט למנות מומחה אשר יקבל מהמבקשות את נתוני האמת (שם). היועץ המשפטי לממשלה לא יביע כל עמדה בנוגע לטענות הצדדים ביחס לקביעות אלו מהבחינה העובדתית. מכל מקום, ככל שבית המשפט הנכבד יראה לאמץ קביעות אלו, הרי שנראה כי **צדק בית משפט קמא הנכבד מהבחינה המשפטית, כאשר קבע ויישם את רף ההוכחה הנדרש בתשומת לב לנסיבות אלו**, והדבר תואם את פסיקת בית משפט זה, כמפורט לעיל.

64. **סיכום הדברים**: היועץ המשפטי לממשלה **יותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את ההכרעה במחלוקות הצדדים** בנוגע לניתוח הקונקרטי של הראיות שהוגשו, ובכלל זה בנוגע לפרשנות הראויה של הודיות המבקשות בהליכים מחוץ לישראל, והרלבנטיות שלהן להליך. עם זאת, **סבור היועץ המשפטי לממשלה, שצדק בית משפט קמא הנכבד בנקודת המוצא המשפטית העקרונית**, לפיה יש לבחון את הראיות תוך **מתן משקל לחשיבות הציבורית** של תובענות ייצוגיות ראויות בעניין תיאום מחירים קרטליסטי, ותוך **מתן משקל לקשיים האינהרנטיים בהגשת תובענות ייצוגיות בנושא** (ובין היתר לכך שבדרך כלל תיאום מחירים נעשה בהיחבא), כמו גם לנסיבות ההליך הקונקרטי שפורטו לעיל. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, היבטים אלה רלבנטיים ובעלי משקל בבחינת השאלה האם המשיבה עמדה ברף הראייתי לאישור ניהול תובענה כייצוגית, ויש לתת להן ביטוי ביישום הרף הראייתי שנקבע על ידי המחוקק, באופן שלא תידרש עמידה ברף ראייתי מחמיר מדי, שיחסום הגשת תובענות ייצוגיות ראויות. בכפוף לנקודת מוצא משפטית עקרונית זו, **יבקש היועץ המשפטי לממשלה להותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את ההכרעה הקונקרטית בשורה התחתונה**, האם להותיר את אישור ניהול התובענה כייצוגית על כנו.

⁶⁹ ע"א 6187/15 פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' צולר (פורסם בנבו, 28.5.2018), בסעיפים 37-38 לפסק דינה של כבוד השופטת ברון.

ה. סעיף 7(3) לחוק התחרות לא מקנה פטור מהסדרים כובלים בתחום התובלה האווירית, כשלא

נמסרה הודעה לשר התחבורה

65. היועץ המשפטי לממשלה יידרש בקצרה גם לטענה העקרונית של אל על (בסעיפים 80-85 לבקשה מטעמה), כאילו

סעיף 7(3) לחוק התחרות, "פטור באופן גורף הסדרים כובלים הנוגעים לתובלה אווירית".

66. בית משפט קמא דחה טענה זו, ועמד על כך, שתנאי לתחולת הפטור הוא מסירת הודעה על ההסדר הכובל לשר

התחבורה. היות שבענייננו לא נמסרה הודעה כזו, לא חל הפטור. כך גם מהטעם, שטענת המבקשות שלא הוכח קיום

הסדר כובל, אינה מתיישבת עם טענתן שמדובר בהסדר כובל שזכאי לפטור (ראו: סעיף 71 להחלטה).⁷⁰

67. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שקביעות בית משפט קמא בעניין זה נכונות, ויש לדחות את טענות אל על.

סעיף 3 לחוק התחרות מונה מקרים שבהם הסדרים לא ייחשבו הסדרים כובלים. בין היתר, נקבע בסעיף 7(3) לחוק,

שלא ייחשב כהסדר כובל: "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית באוויר, או לתובלה בינלאומית משולבת,

באוויר וביבשה... ושהודעה עליו נמסרה לשר התחבורה בדרך שקבע...".⁷¹

הרי, שנקבע במפורש בהוראות הסעיף, שתנאי לתחולת הפטור הוא שהודעה על ההסדר הכובל נמסרה לשר

התחבורה.

אין מחלוקת, שבענייננו לא נמסרה הודעה כאמור (ויובהר, שהצדדים להסדר הכובל, הם שצריכים למסור את

ההודעה), ודי בכך כדי לקבוע שלא מתקיים הפטור האמור.

68. יש לדחות את טענת אל על, שהדרישה למשלוח הודעה לשר התחבורה היא דרישה "טכנית" וכי "אין באי שליחה

טכנית של הודעה כדי לשלול את התקיימותו של הסעיף" (סעיף 85 לבקשתה). אכן, החוק אינו דורש אישור של שר

התחבורה להודעה שנמסרת אליו על ידי חברות הקרטל,⁷² אולם הדרישה למשלוח הודעה לשר התחבורה היא

דרישה מהותית. כך עולה מדברי הכנסת,⁷³ וכך נקבע גם בפסיקה בעניין תור אויר,⁷⁴ על ידי כבוד הנשיא ברק:

"במקום אישורו של שר התחבורה הסתפק המחוקק בהודעה לשר התחבורה, מתוך ההנחה, שאם

שר התחבורה יהיה מודע לקיומו של ההסדר הכובל, הוא יוכל לפעול במסגרת הסמכויות הנתונות

לו, אם ההסדר לא ייראה לו... תוך הפעלת שיקול-דעתו "המקצועי-מדיני" של שר התחבורה".

ברור מהדברים, שההודעה לשר התחבורה היא דרישה מהותית, שהפטור אינו משתכלל ללא קיומה. כך עולה גם

מדרישת החוק (בסעיף 7(3) לחוק התחרות), ששר התחבורה יודיע לוועדת הכלכלה של הכנסת על הודעות שנמסרו

לו כאמור. כאמור בפסק הדין בעניין תור אויר, כאשר נמסרת הודעה כדין לשר הוא יכול לפעול בכלים שבידיו (בין

בהפעלת הסמכויות המוקנות לו בדיון ובין בהנעת שינויי חקיקה או מדיניות במקרים המתאימים).

69. כמו כן יצוין, כי כבר בשנת 2003 עמד הממונה על הגבלים עסקיים (דאז) על הדברים, בקביעתו מכוח סעיף 43(א)

לחוק התחרות:⁷⁵ "... מסירת ההודעה לשר התחבורה... אינה מהווה דרישה פורמליסטית גרידא, שמטרתה

⁷⁰ ראו גם בהחלטת בית משפט קמא מיום 12.11.2013 (פורסמה בנבו), שם נקבעו קביעות דומות במסגרת החלטת בית המשפט לדחות את בקשת המבקשות לדחות על הסף את בקשת האישור. ראו שם, בסעיף 76 להחלטה.

⁷¹ למען שלמות התמונה יצוין כי במסגרת תיקון מספר 10 לחוק התחרות (בשמו דאז חוק ההגבלים העסקיים) משנת 2007 (חוק ההסדרים בממשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2007) התשס"ז-2007, ס"ח 2077 (11.1.2007), בעמוד 78) נוסף לחוק סעיף 3א הקובע, שהוראת הפטור הקבועה בסעיף 7(3) לחוק לא תחול כאשר לפחות אחד מהצדדים להסדר הכובל הוא מוביל באוויר ישראלי. אלא, שתיתקן זה לא חל בענייננו, היות והקרטל העולמי שבו עוסקת התובענה הייצוגית פעל בין השנים 2000-2006.

⁷² יצוין, שבהצעת החוק המקורית בעניין הוצע לדרוש את אישור השר. ראו: הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשכ"ג-1962-בסעיף 7 (ה"ח 530, 3.10.1962). אלא שבעקבות הדיונים בכנסת בהצעת החוק, הוחלט להמיר את הדרישה באישור השר לדרישה להודעה לשר (ראו: דברי הכנסת 37 (תשכ"ג), 6.8.1963, 2615). מכל מקום, דרישה זו היא דרישה מהותית כמפורט למעלה וכעולה מדברי הכנסת ומהפסיקה.

⁷³ דברי הכנסת 37 (תשכ"ג), 6.8.1963, 2615, דיון בהצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשכ"ג-1962 - בקריאה שנייה ושלישית. ⁷⁴ בג"צ 47/83 תור אויר בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים פ"ד לט' (1) 169, 181 (1985).

⁷⁵ בהתייחס להסדר כובל בין המובילים הימיים חברי ועידת ה-EMTA. עמדת הממונה מיום 30.4.2003 מצ"ב כנספח ג'.

טכנית... המדובר בדרישה שנועדה לאפשר לשר התחבורה להפעיל שיקול דעת... כוונת המחוקק לא היתה כי שר התחבורה ישמש מעין "חותמת גומי" להסדר בין מובילים. מכאן כי אי מסירת ההודעה לשר התחבורה עומדת בעוכרי תחולתו של הפטור..." (סעיף 3.4 לעמדת הממונה, שם).

70. יש לדחות את טענת אל על בנדון, גם מהטעם שסעיף 3 לחוק התחרות עוסק בחריגים לכלל הקבוע בסעיף 2 לחוק לפיו הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, המונע או מפחית את התחרות בעסקים הוא הסדר כובל. עיקרון יסודי הוא, שככלל, יש לפרש חריגים בצמצום ובאופן שלא יחתור תחת הכלל ותחת תכליות החוק.⁷⁶ כך נקבע בפסיקה גם ביחס לחריגים הקבועים בסעיף 3 לחוק התחרות: "יש לפרשו בצמצום, במיוחד נוכח מרכזיותו וחשיבותו של העיקרון הכללי".⁷⁷ לפיכך, טענתה מרחיקת הלכת של אל על, שההודעה לשר התחבורה אינה הכרחית, כביכול, לשם תחולת הפטור של סעיף 3(7) לחוק התחרות, מנוגדת ללשונו ותכליתו של הסעיף, ומנוגדת גם לעיקרון, שיש לפרש את הפטורים בסעיף זה, באופן מצמצם.

71. יש לדחות את טענת אל על, אף מהטעם, שכפי שנאמר בהחלטת בית משפט קמא, הטענה לקיומו של פטור מכוח סעיף 3(7) לחוק התחרות, סותרת את טענתה היא, שלא הוכח קיומו של הסדר כובל. אם לא הוכח קיומו של הסדר כובל, כיצד ניתן לטעון שחל הפטור המניח קיומו של הסדר כובל הנוגע לתובלה בינלאומית? והדברים מדברים בעד עצמם.

72. לבסוף ולמען שלמות התמונה יבהיר היועץ המשפטי לממשלה, שיש לדחות גם את ניסיון אל על (בסעיף 81 לבקשתה) להסתמך על דבריה של הממונה על הגבלים עסקיים בשעתו (גב' רונית קן) בכנסת,⁷⁸ שעד שנת 2007 נושא התעופה היה מוחרג מחוק ההגבלים העסקיים. מהקשר הדיון שם נראה, כי דברי הממונה היו מכוונים למקרים שבהם נמסרה הודעה כדין לשר התחבורה והשתכלל פטור, כקבוע בחוק. כמו כן, ודאי שלא ייתכן שדבריה התייחסו לחוק כולו, שכן אין בחוק פטורים ענפיים בפרק ג' (שעניינו מיזוגים), בפרק ד' (שעניינו מונופולין) או בפרק ד'1 (שעניינו קבוצות ריכוז). לחברות תעופה אין פטור כלשהו מהוראות פרקים אלה לחוק והסייגים הקבועים בסעיף 3 לחוק ביחס להגדרת הסדר כובל, אינם רלבנטיים ביחס להוראות פרקים אלה.

מכל מקום, למעלה מהנדרש ייאמר, שבכל מקרה ברור, שאין כוח בדבריו של גורם מנהלי כזה או אחר בדיון בכנסת, לגבור על הוראותיו המפורשות של החוק. ברור גם, שאי קיום חקירה על ידי רשות התחרות בעניין (ממכלול שיקוליה וגם לאור משאביה המוגבלים) אינו רלבנטי לעניין ואינו יכול להכשיר את פעולות המבקשות. על כן יש לדחות את טענת אל על גם בעניין זה (בסעיף 82 לבקשתה).⁷⁹

1. הכרה בעילת הצרכן "העקיף"

73. סוגיה עקרונית נוספת שהיועץ המשפטי לממשלה יידרש אליה היא שאלת קיום עילת תביעה לצרכן שרכש שירות של שינוע מטענים בהטסה ממשלחים בינלאומיים, שהם אלה שרכשו את השירות מחברות הקרטל. לסוגיה זו (של עילת הצרכן "העקיף" בדיני התחרות) חשיבות והשלכות רוחב והיא טרם נדונה בפסיקת בית המשפט העליון.

74. בית משפט קמא קבע בסעיף 101 להחלטתו כי "יש להעניק זכות תביעה לצרכן עקיף".

75. אל על טוענת בבקשה מטעמה, שטרם נפסקה הלכה בעניין זה; כי הערכת נזקים של צרכנים המצויים בחוליות שונות

⁷⁶ ראו למשל דנ"א 2591/14 אפרתי נ' הרשות לזכויות ניצולי השואה במשרד האוצר (פורסם בנבו, 6.4.2015), בסעיף 50.

⁷⁷ ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור (פורסם בנבו, 4.9.2007), בסעיף 7. אמנם ההתמקדות שם הייתה בפטור הקבוע בסעיף 3(4) לחוק, אולם נראה שהדברים המצוטטים למעלה בפסק הדין, מתייחסים באופן כללי לכלל החריגים הקבועים בסעיף 3 לחוק התחרות.

⁷⁸ פרוטוקול דיון בוועדת העלייה הקליטה והתפוצות של הכנסת, 28.10.2008, בעמוד 14 (מפורסם באתר המרשתת של הכנסת).

⁷⁹ ראו ביתר הרחבה לעיל, בסעיף 62 לעמדה זו.

בשרשרת הייצור היא מסובכת, ושגם אם ייקבע שקיימת עילת תביעה לצרכנים עקיפים בגין עילות מכוח חוק התחרות, הדבר צריך להיות מוסדר בחקיקה שתסדיר הגנה מפיצוי בכפל ואת הפרוצדורה לבירור הנזקים (סעיפים 99-100 לבקשתה). לופטנהוזה וסוויס מעלות בבקשה מטעמן (בסעיפים 169-179) טענות שונות מדוע לא להכיר בעילה זו (קשיים בחישוב הנזק שגולגל; סיבוך ההליכים; חשש לפיצוי יתר). עוד הן טוענות, שאף אם היה מקום להכיר בעילתם של צרכנים עקיפים מכוח חוק התחרות, המקרה שלפנינו אינו מקרה שמצדיק הכרה בעילה.⁸⁰ מנגד, הצלחה בתשובתה (בסעיפים 292-302) טוענת, שיש להכיר בעילת התביעה של הצרכנים העקיפים, תוך הסתמכות על כמה פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים וכן על עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בהליך קמא.

76. עמדת היועץ המשפטי לממשלה וסיכומיו שהוגשו בהליך קמא (מצ"ב כנספחים א'-ב') נדרשו באופן מפורט לסוגיה זו⁸¹ ובית המשפט הנכבד מתבקש לראות בעמדות אלו כחלק בלתי נפרד מהעמדה דנן. היועץ המשפטי לממשלה יראה מעט לחדד את עמדתו ולשוב ולעמוד על עיקרה.

77. סעיף 50 לחוק התחרות קובע כי "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין". אחד האיסורים המרכזיים שבחוק התחרות הוא האיסור על תיאום מחירים בין מתחרים עסקיים.⁸² האם יש להכיר רק בעילת התביעה של מי שהתקשר ישירות עם חברות הקרטל, או יש להכיר גם בעילת הצרכן העקיף, שרכש את המוצר/השירות מהצרכן הישיר?

היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש להכיר, ככלל, בעילת הצרכן העקיף, בגדר עוולה זו הנובעת מהוראות חוק התחרות (ומבלי שהדבר יגרע באופן כלשהו מהצמצום שנקבע בפסיקה ביחס להכרה בעילת ניזוק עקיף בדיני הנזיקין הכלליים, כלהלן). זאת, ככל שמתקיימים בו רכיבי העוולה, כלומר שחברות הקרטל הפרו את הוראות חוק התחרות, שהפרה זו גרמה נזק לצרכן העקיף, ומתקיים קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק (ולצד זאת יש לשקול גם שיקולי מדיניות ולהתאימם לנסיבות המקרה הפרטני, כלהלן). כך, לאור תכליות דיני הנזיקין ודיני התחרות.

78. מבחינת תכליות דיני הנזיקין, הרי שבמידה שהצרכן העקיף ניזוק עקב עוולת הקרטל (ומתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי ולא קיימים שיקולי מדיניות השוללים את קביעת החבות), עקרונות הצדק המתקן והשבת המצב לקדמותו העומדים בליבת תכליות דיני הנזיקין תומכים במתן סעד לצרכן העקיף שניזוק. כך גם לאור תכלית ההרתעה (שגם היא מתכליות דיני הנזיקין), שהרי אי הכרה בעילת הצרכן העקיף עלולה לגרום לכך, שבמקרים רבים (שבהם ההתייקרות גולגלה כולה או חלקה לצרכן העקיף), חברות הקרטל שעוולו לא יצטרכו לשאת בשיפוי הניזוקים ממעשיהם ולפחות חלק מפירות עוולתם יישארו בכיסן.⁸³ אם הנזק כולו גולגל, הרי שבהיעדר הכרה בעילת הצרכן העקיף, עשוי להיווצר מצב לפיו, לאיש לא תעמוד עילת תביעה ופירות העוולה בשלמותם יוותרו בקופת המעוולות.

79. כך גם ובמיוחד, מההיבט של תכליות דיני התחרות. ראו בדברי ההסבר לחוק המקורי⁸⁴: "ניתנת לכל מי שסבל נזק כתוצאה מעבירה על הוראות החוק הזכות לתבוע מהעבריינים פיצויים...". בסעיף 145(1) לחוק המקורי⁸⁵ אף נקבע מפורשות: "לענין סעיף זה אין נפקא מינה... אם הנזק נגרם במישרין או בעקיפין". אכן, כאשר החוק תוקן, נוסח הסעיף קוצר, אולם עיקרון זה לא השתנה מבחינה מהותית, והדברים לא נאמרו במפורש בנוסח המתוקן של החוק

⁸⁰ יצוין, כי בריטיש מציינת בסעיף 37 לבקשה מטעמה כי בקשתה לא עוסקת בסוגיה זו.

⁸¹ ראו: סעיפים 25-116 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בהליך קמא וסעיפים 17-57 לסיכומיו בהליך קמא.

⁸² ראו סעיפים 2, 4 לחוק התחרות לגבי האיסור; סעיפים 47 ו-47א לחוק לגבי סנקציה פלילית חמורה של 3 או 5 שנות מאסר; ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל (פורסם בנבו, 31.5.2007), בסעיף 10 לפסק הדין של כבוד השופט ארבל שמציינת שתיאום מחירים על ידי מתחרים נושא "חומרה יתירה" ודורש בהליך פלילי "יד קשה", ו- "מתן עונש חמור ומרתיע".

⁸³ שהרי למתקשרים הישירים עם חברות הקרטל לא יהיה אינטרס לתבוע אותן, כאשר הנזקים גולגלו על ידיהם לצרכנים העקיפים וייתכן שלאור הגלגול גם לא תעמוד להם עילת תביעה בנדון.

⁸⁴ הצעת חוק ההגבלים העסקיים תשי"ח-1957 ה"ח 327 (27.11.1957), בעמוד 92.

⁸⁵ חוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959, ס"ח 286, 6.8.1959, עמוד 157.

רק מפני שהמחוקק ראה את הדברים כמובנים מאליהם, כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק: **"הסעיף המוצע מביא את עיקר ההוראה האמורה ללא החלקים המובנים מאליהם"**.⁸⁶

הדברים נובעים גם מתכליות דיני התחרות, שביניהן ניתן למנות את מניעת הפגיעה ברווחת המשק והצרכנים. יפים לעניין זה דבריו של כבוד הנשיא ברק: **"תחרות חופשית וההגנה עליהם באים להגן גם על הצרכן. דיני ההגבלים העסקיים הם "המגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החפשית"**.⁸⁷ לפיכך, ברי כי תיאום מחירים אסור שהביא לעלייה במחיר שנאלצו הצרכנים העקיפים לשלם, ראוי שיזכה את אותם צרכנים בקבלת סעד. כאמור, במקרים רבים כל הנזק או למצער רובו מגולגל אל הצרכן העקיף, כך שלצרכן הישיר שהתקשר עם חברות הקרטל אין אינטרס בהגשת תביעה (בנוסף, ייתכן, שהצרכנים הישירים אף יחששו במקרים מסוימים מהגשת תביעה על ידם, לאור מערכת יחסית עסקית עם חברות הקרטל). משכך, אי הכרה בעילת הצרכן העקיף עלולה לאיין את הוראות סעיף 50 לחוק התחרות, לפגוע אנושות בתכליות החוק ולגרום לכך שלא תהיה אפשרות מעשית להגיש תביעות נזיקין נגד חברות הקרטל, חרף הנזקים שהן גרמו. הדברים אמורים אף ביתר שאת כשמדובר בקרטלים בין-לאומיים (כבענייננו). כאמור בסעיף 66 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בהליך קמא, הרי שלרוב, **"לשוק המקומי הישראלי, כחלק מהיותו גורם שולי יחסית בתעשייה הגלובלית, תגיע הסחורה רק כעבור כמה שלבי אספקה וייצור. במידה ותישלל זכותו של הצרכן הישראלי המקומי, אשר כאמור מהווה על דרך הרוב צרכן עקיף... לתבוע קרטל בינלאומי, בשל היותו רחוק בשלבי הצריכה, יהיו קרטלים אלו חסינים למעשה מפני תביעות הגבליות בארץ"**. אם כן, ברי, שחוק התחרות כיוון לתת סעד לצרכן העקיף.⁸⁸

כך גם מההיבט של תכלית ההרתעה העומדת אף היא ביסוד דיני התחרות, שנועדו, בין היתר להרתיע מעריכת הסדרים כובלים המנוגדים לדין. כאמור, אי הכרה בעילת הצרכן העקיף תביא במקרים רבים להותרת פירות העוולה בכיסן של חברות הקרטל וברי שהדבר אינו מתיישב עם תכלית ההרתעה.⁸⁹ בנוסף, במקרים מסוימים (כגון כשמדובר בקרטלים בין-לאומיים), בהתחשב במשאבים המנהליים המוגבלים, קיימים קשיים בהפעלת הסמכויות הפליליות והמנהליות המוקנות בדין לרשות התחרות, והגשת תביעות נזיקיות (ובמיוחד תובענות ייצוגיות) על ידי הניזוקים נגד חברות קרטל, תורמות תרומה משמעותית להרתעה מהפרת הדין, ובמיוחד כלפי צרכנים בישראל.⁹⁰ גם בהיבט זה ההכרה בעילת הצרכן העקיף בגדרי סעיף 50 לחוק התחרות, חשובה ומשמעותית, לשם יצירת הרתעה יעילה ולשם הרתעת גורמים זרים מהפרת החוק הפוגעת בצרכנים בישראל.

יפים לעניין דברי בית המשפט המחוזי בעניין גפניאל,⁹¹ בסעיף 47: **"אם מבקשים אנו להבטיח הרתעה ראויה... מחד גיסא, ופיצוי לנפגעים האמיתיים... מאידך גיסא, עלינו להכיר בכך שהצרכן העקיף אשר נשא בעיקר העלות הכלכלית יהיה אף הוא גורם הרשאי לתבוע..."**.

80. היועץ המשפטי לממשלה ידגיש, שדברים אלה לא גורעים באופן כלשהו מההלכה הפסוקה, לגבי הסייגים להכרה בעילתו של ניזוק עקיף בדיני הנזיקין הכלליים, השמורה למקרים חריגים. אדרבה, נראה שעיון בפסיקה זו מלמד,

⁸⁶ הצעת החוק ההגבלים העסקיים התשמ"ד-1983 ה"ח 1647, 7.11.1983, עמוד 62, בדברי ההסבר לסעיף 49 לחוק.

⁸⁷ ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה פ"ד נב(5) 213, 231 (1998).

⁸⁸ שיקול זה של כוונת המחוקק הוא שיקול משמעותי בשאלת מתן זכות תביעה בנזיקין. ראו למשל בסעיף 63 לפקודת הנזיקין, שאחד מרכיבי עוולת הפרת חובה חקוקה הוא שהחיקוק לפי פירושו הנכון "נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליה נתכוון החיקוק". ראו גם בעניין ע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי פ"ד נז(4) 673, 694 (2003), שם החילה כבוד השופטת פרוקצ'יה (שאמנם הייתה בדעת מיעוט, אבל לא בעניין זה), את עקרונות עוולת הפרת חובה חקוקה, על הפרות של חוק הגנת הצרכן שנחשבות לעוולות נזיקיות עצמאיות מכוח הוראות סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן תשמ"א-1981, וזאת, בדומה להוראות חוק התחרות, כאמור לעיל.

⁸⁹ ראו דברים דומים בעניין ת"צ (מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה (פורסם בנבו, 5.4.2016), בסעיף 44 להחלטה (להלן: "עניין נאור").

⁹⁰ ראו לעיל, בסעיפים 56-59. ראו גם בסעיף 30 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בהליך קמא.

⁹¹ ת"צ (מרכז) 6179-08-16 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (פורסם בנבו, 16.1.2019) (להלן: "עניין גפניאל").

שהיא דווקא **מחזקת את המסקנה שיש להכיר בעילת הצרכן העקיף בענייניו דיני התחרות**.

בעניין **אלסוחה**⁹² נדונה שאלת ההכרה בנוזקים נפשיים שנגרמו לאנשים הקרובים לניזוק הישיר, ונאמר שיש להגדיר את גבולות האחריות בעניין ולא ניתן להסתפק בשאלת הצפיות העובדתית של נזקים אלה על ידי המזיק שהתרשל, שהרי הסתפקות בצפיות כזו תגרום לכך שהמזיק המתרשל "ימצא עצמו חייב לפצות מספר רב של בני אדם" ונקבע כי "תוצאה כזו אינה מתקבלת, כמובן על הדעת, הן מבחינת הנטל הכבד על המזיק בפרט ועל ההתנהגות האנושית בכלל והן מבחינת ההכבדה על מערכת המשפט... מדיניות משפטית סבירה אינה יכולה לתת ידה לכך. במסגרת תהליך קביעתה של חובת הזהירות המושגית נדרשת איפוא פעולת סינון אשר תבור מבין כלל הנוזקים הנפשיים הצפויים את אלה אשר ראוי כי ייכללו בתוך גבולות מעגל האחריות" (שם, 433).⁹³ לאור זאת, ההכרה בניזוקים העקיפים שנפגעו נפשית כתוצאה מהפגיעה בניזוק הישיר **הוגבלה** והוכרה רק כאשר מתקיימים 4 תנאים מצטברים שפורטו בפסיקה.⁹⁴ בפסק הדין בעניין **שוויקי**,⁹⁵ הוחל האמור גם על נזקים פיזיים שנגרמו לניזוק עקיף עקב התרשמותו מאירוע נזיקי עיקרי (למשל אדם שלקה בליבו כששמע על האירוע הנזיקי העיקרי ממנו נפגע קרובו), ואף ביחס אליהם הוחלו ההגבלות הסייגים והתנאים להכרה בעילת הניזוק העקיף. בדומה, לגבי נזקים כלכליים טהורים⁹⁶, קיימת הסתייגות בפסיקה ובספרות מהכרה גורפת בעילה של ניזוקים עקיפים: **"השיקול העיקרי להגבלת האחריות כלפי ניזוקים עקיפים שסבלו נזק כלכלי טהור הוא כאמור סכנת האחריות הפתוחה והשלכותיה. הפוטנציאל הגדול של אחריות פתוחה שאותו יוצרים "המכפילים" המופעלים בתהליכי התפשטות הנזק מעצים את החששות מפני הרתעת יתר..."** (גלעד, 886). גלעד (שם, 900) מראה, שבפסיקה בישראל⁹⁷ אומץ כלל השולל את עילת הניזוקים העקיפים שבנדון, תוך קביעת חריגים שבהם כן תוכר העילה.⁹⁸

81. לענייננו, יש להדגיש את החרג במסגרתו הוכרה העילה של ניזוקים עקיפים שסובלים מנזק כלכלי טהור, וזאת ביחס ל- **"חריג הנזק המועבר"**, כאשר **"האחריות בגינו אינה מגדילה את הסיכונים שבפניהם ניצב המזיק"** (גלעד 897); **"חריג זה אינו יוצר לרוב את בעיית האחריות הפתוחה על ריבוי השלכותיה השליליות, שכן העברת הסיכון מן הניזוק הישיר לניזוק העקיף אינה מגדילה מהותית את הסיכון המשפטי שאליו נחשף המזיק"** (שם, 900-901).⁹⁹

82. כאמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה יש להכיר בעילת הצרכן העקיף דיני התחרות, **אינה גורעת** מהזהירות מהכרה בעילת ניזוק עקיף דיני הנזיקין הכלליים ומהסייגים שנקבעו בעניין. השוני בין הדברים נובע **מהתכלית הספציפית של חוק התחרות וממאפייני דיני התחרות**, כאשר חוק התחרות כיוון להכיר בעילת הצרכן העקיף וכאשר אי הכרה בעילתו עלולה לאיין את הוראות סעיף 50 לחוק התחרות, כדלעיל. בנוסף, בשונה מניזוקים עקיפים

⁹² רע"א 444/87 אלסוחה נ' דהאן פ"ד מד(3) 397 (1990).

⁹³ ראו לאחרונה דברים דומים בעניין **הרשות הפלסטינית**, לעיל, ה"ש 12, בסעיף 123 לפסק הדין.

⁹⁴ ראו למשל בעניין **אלסוחה**, 433-437; עניין **הרשות הפלסטינית**, סעיפים 115-116 לפסק הדין.

⁹⁵ ע"א 9466/05 שוויקי נ' מדינת ישראל פ"ד סב(3) 806 (2008), בסעיפים 10-13, 19 לפסק הדין של כבוד השופט ריבלין.

⁹⁶ **"נזק כלכלי טהור הוא נזק כספי לניזוק שאינו נובע מנזק פיזי לניזוק או לרכושו"** (ישראל גלעד, **דיני נזיקין- גבולות האחריות** (התשע"ב-2012) 805 (להלן: **"גלעד"**)).

⁹⁷ ראו באסמכתאות המובאות אצל גלעד, 895-900. ראו שם גם בעמוד 921.

⁹⁸ ראוי לציין, שגם כשמדובר בניזוקים ישירים, האחריות בגין נזקים כלכליים טהורים הוגבלה במישורים שונים, בין היתר מחמת חשש לריבוי תביעות והרתעת יתר (ראו גלעד, 807-882). קל וחומר, כשמדובר בניזוקים עקיפים.

⁹⁹ דוגמאות לחריג זה הן תביעות של תלויים בניזוק, שנפטרו עקב עוולה של המזיק נגדו הוגשה תביעתם, שהרי "אלמלא נפטר הניזוק הישיר היה על המזיק לפצותו בשל הפסד השתכרות, ופיצוי לתלויים שהיו נתמכים מהשתכרות הוא אפוא תחליף לפיצוי לניזוק הישיר ולא תוספת לו" (גלעד, 897). אמנם, הדין מכיר בעילתם של התלויים במסגרת הסדר סטטוטורי מיוחד הקבוע בסעיפים 78-80 לפקודת הנזיקין, אולם גלעד מבהיר, שניתן היה להכיר בעילתם גם בגדרי עוולת הרשלנות. ראו גם: ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית פ"ד נה(1) 12, בסעיף 31 לפסק הדין של הנשיא ברק (1999). עוד ראו גלעד שם, בעמוד 898, לגבי תביעות מיטיבים (כגון המוסד לביטוח לאומי, קופות החולים ועוד). כן ראו: ת"א (מחוזי תל אביב) 1860/90 **דפוס מעלה אפרים בע"מ נ' ELLERMAN LINES PLV** פ"מ תשנ"ה (2) 017 (13.10.1994), שגם ממנו עולה הכרה בחריג הנזק המועבר. כן ראו: גלעד, 921.

טיפוסיים בדיני הנזיקין, שכאמור בעניין **שערי צדק**,¹⁰⁰ הם מי שנפגעו כתוצאה מן הפגיעה שהוסבה לאחר, ו- **"כאבן הנופלת למקווה מים והודפת סביבה מעגלים מתרחקים"**, לעומת זאת בענייננו, הנזק שנגרם לצרכן העקיף הוא למעשה **אותו נזק עצמו שנגרם לצרכן הישיר**: **"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 מימד 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?"** (סעיף 50 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך קמא). וכן: **"קשה לקבל חלוקה שרירותית כמעט בין צרכן ישיר לצרכן עקיף, אשר תשלול מהאחרון את עילתו"** (שם, סעיף 47). במקרים רבים, מדובר ב- **"נזק מועבר"**, שבעניינו כבר נקבע בפסיקה, כאמור, שיש מקום להכרה בעילת הניזוק העקיף, שהרי **לא מדובר בהרחבת חבות המזיק, אלא רק בחלוקת סכום הפיצוי בין הניזוקים השונים בהתאם לנזק ממנו סבל כל אחד מהם**.¹⁰¹ עוד ראוי להדגיש, שבדיני התחרות מדובר בעילה הנוגעת ל**נזק כלכלי טהור, שהוכרה באופן ספציפי על ידי המחוקק** (ואין הבדל בענייניו בין צרכן ישיר לצרכן עקיף). גם מהיבט זה קיים **שוני ברור**, בין דיני התחרות לדיני הנזיקין הקלאסיים במסגרתם, קיימת זהירות והסתייגות, מהכרה בעילה הנוגעת לנזק שכזה בכלל, ובמיוחד בהתייחס לניזוקים עקיפים.¹⁰²

83. לאור האמור, היועץ המשפטי לממשלה גם סבור, שככלל, יש להגדיר את הצרכן "העקיף" שרוכש את המוצר מהצרכן הישיר, **כניזוק ישיר**, בהינתן שסעיף 50 לחוק התחרות כיוון להגן עליו (ולא רק על הצרכן שרכש ישירות מחברות הקרטל שלא נגרם לו נזק וגלגל את ההתייכרות על הצרכן "העקיף"), ואף בהינתן שלא קיים הבדל מהותי בין נזקו של הצרכן הישיר (במקרה שהוא לא גלגל את הנזק הלאה), לנזקו של הצרכן "העקיף" (במקרה שהנזק גולגל אליו): **"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... בהיבט טיב הנזק, שהוא כלכלי טהור, אין הבדל בין נזקו של הצרכן הישיר לבין נזקו של הצרכן העקיף"** (סעיפים 49-50 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בהליך קמא).

84. המבקשות טוענות, שהכרה בעילת הצרכן העקיף עלולה להביא לחיוב חברות קרטל בכפל, הן כלפי הצרכן הישיר והן כלפי הצרכן העקיף, וכי מטעם זה (וכן לאור הקשיים בחישוב הנזק לטענתן) יש להסדיר עניין זה בחקיקה, וכל עוד הדבר לא נעשה אין להכיר בעילה.¹⁰³ **לגישת היועץ המשפטי לממשלה יש לדחות טענות אלו.**

אכן, אין לחייב חברות קרטל בכפל. אולם, עיקרון זה אינו שולל את ההכרה בעילת הצרכן העקיף. חברות קרטל יחויבו כלפי צרכן ישיר בנזק שגרמו לו ולא גולגל על ידו לצרכנים העקיפים. בנזק זה (שלא גולגל הלאה) לא יחויבו חברות הקרטל כלפי הצרכנים העקיפים. לעומת זאת, ביחס לנזק שהצרכן הישיר גלגל לצרכנים העקיפים (וכן בנזקים נוספים שנגרמו לצרכנים העקיפים, באותם מקרים שבהם ימצא שראוי להטיל אחריות בעניינם על חברות הקרטל), יחויבו חברות הקרטל כלפי הצרכנים העקיפים שספגו נזק זה (וחברות הקרטל לא יחויבו בנזק זה כלפי

¹⁰⁰ ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (פורסם בנבו, 5.6.2007), בסעיף 22 לפסק הדין של כבוד השופט ריבלין.

¹⁰¹ אמנם, ייתכנו מקרים שבהם תיאום מחירים יגרום לנזקים נוספים של הצרכן העקיף שאינם בגדר של נזקים מועברים, כגון, ירידה בהיקף המכירות של צרכן עקיף (שמוכר את המוצר לאחרים) עקב התייכרות המוצר כתוצאה מתיאום המחירים (להרחבה ראו סעיפים 33-35 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך קמא). מכל מקום, במסגרת שלפנינו אין צורך לקבוע מסמרות בנוגע למקרים אלה.

¹⁰² ראו לעיל, בסעיף 80 ובהערת שוליים 98.

¹⁰³ ראו לעיל, סעיף 75.

הצרכן הישיר).¹⁰⁴ גם הקושי הנטען בחישוב הנזקים אינו מצדיק אי הכרה בעילה. בתי המשפט בישראל מורגלים בליבון סוגיות של חישוב נזק (ובמקרים המתאימים ניתן למנות מומחים שיגישו חוות דעת שיסייעו לבתי המשפט בעניין). גם בהקשר של תובענות ייצוגיות, סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות מעניק לבתי המשפט מגוון כלים לחישוב הסעד הכספי שלו יהיו זכאים חברי הקבוצה. **אין כל סיבה מדוע לא יוכלו בתי המשפט לחשב את הנזקים השונים גם בסוגיה שלפנינו.** יפים לעניין זה דברי כבוד השופטת שטמר בעניין נאור, בסעיף 44: **"אשר לחשש כי המפר יאלץ לשלם מעבר לנזק שגרם: אחד מכללי היסוד בדיני הנזיקין הוא, שאין המעוול נדרש לשלם יותר מכפי הנזק שגרם... שאלה זו נפתרת מדי יום באולמות בתי המשפט בתיקי נזיקין, ולא ראיתי להבחין תביעה זו דוקא".**

85. היועץ המשפטי לממשלה יעיר עוד, כי גם הפסיקה המחוזית מחזקת את עמדתו.¹⁰⁵

86. **סיכום הדברים:** היועץ המשפטי לממשלה סבור, שצדק בית משפט קמא הנכבד כשהכיר בעילת הצרכן העקיף.¹⁰⁶

87. היועץ המשפטי לממשלה יראה להתייחס גם להצעת בית משפט קמא הנכבד (בסעיף 101 להחלטתו), לצמצם את ההכרה בעילת הצרכן העקיף, לאותם מקרים שבהם מדובר באותו מוצר או שירות **"שלא שינה מצורתו המקורית"**, כפי שנמכרו על ידי חברות הקרטל (ומבלי שבית משפט קמא קבע מסמרות בנוגע למקרים אחרים).

88. היועץ המשפטי לממשלה סבור בעניין זה, שהגם שניתן לתת משקל לשאלת ה- **"צורה המקורית"** בין יתר השיקולים בעניין, לגישתו, **אין לקבוע מבחן זה כמבחן בלעדי או עיקרי.** כך, ייתכנו מקרים, שבהם לא מדובר בהכרח מבחינה פורמלית ב-**"אותו מוצר"** ועם זאת, ראוי יהיה להכיר בעילת הצרכן העקיף, במידה שמתקיים קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין עוולת חברות הקרטל לבין הנזק לצרכן, וכאשר שיקולי מדיניות ראויים תומכים בהכרה זו. למשל, ניתן להתייחס לתיאום מחירים הנוגע למחיר רכיב מסוים שהתייקר בעקבות התיאום ורכיב זה מורכב ומשולב בתוך מוצר אחר, כאשר מוצר מוגמר זה נמכר לצרכנים במחיר יקר יותר, עקב תיאום המחירים האסור של אותו רכיב שהורכב בו. ייתכן, שגם אם נגדיר מצב דברים זה מבחינה פורמלית כשינוי מצורתו המקורית של המוצר שמחירו תואם, עדיין, במקרים המתאימים, אפשר שיהיה מקום להכיר בעילתם של הצרכנים שרכשו את המוצר המוגמר (וזאת ככל שיתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין תיאום המחירים לבין הנזק שנגרם לצרכנים, וככל שבמכלול נסיבות המקרה הפרטני, שיקולי מדיניות ותכליות החוק יתמכו בהכרה בעילה).

מאידך גיסא, ייתכנו גם מקרים שמבחינה פורמלית מדובר ב-**"אותו מוצר"**, אולם לא יהיה מקום להכיר בעילת הצרכן העקיף אם משום **"ריחוק הנזק"** והיעדר קשר סיבתי בנסיבות הקונקרטיות, ואם מטעמי מדיניות אחרים.

89. על כן, סבור היועץ המשפטי לממשלה, **שלצד ההכרה העקרונית בעילת הצרכן העקיף, יש לבחון בכל מקרה לגופו, את שאלת קיום הקשר הסיבתי, העובדתי והמשפטי, בהתאם למבחנים המקובלים בדיני הנזיקין (ובכלל זה כמובן**

¹⁰⁴ עוד ראו בסעיף 90 לעמדת היועץ המשפטי בהליך קמא, שעמד גם על הכלים הדיוניים שיאפשרו למנוע חיוב בכפל.

¹⁰⁵ בנוסף לאמור בסעיף 101 להחלטת בית משפט קמא בעניינו, ראו בהחלטות נוספות של כבוד השופט גרוסקופף בעניין **גפניאל**, בסעיף 47; ובעניין ת"צ (מרכז) 41838-09-14 **ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ** (פורסם בנבו, 29.1.2017), בסעיפים 18-19. כך נפסק גם על ידי כבוד השופטת שטמר בעניין **נאור**, בסעיף 44, שיש להכיר בעילת הצרכן העקיף. אין ממש בניסיון של לופטנהוזה וסווים (בסעיף 177 לבקשתן) להיבנות מאמרות אגב של החלטות מחוזיות אחרות, שלא הכריעו אחרת. ראו בעניין זה בסעיפים 99-106 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך קמא. גם בנוגע לעניין ת"א (מרכז) 56731-12-13 **צוקרמן נ' סימנס** (פורסם בנבו, 26.3.2020), בעמוד 28 (אליו מופנות המבקשות שם), לא מדובר בהכרעה כלשהי; מדובר היה שם באמרת אגב במסגרת החלטה המאשרת הסדר פשרה, שבה הובעה עמדה לכאורית כי **"כנראה"** אם תוכר זכות הצרכן העקיף היא תותנה בכך שהצרכן הישיר יסרב לתבוע. מכל מקום גם הערה מסויגת זו נאמרה כאמרת אגב קצרה, מבלי ללבן את הסוגיה ומבלי להכריע בה.


¹⁰⁶ עוד ראו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך קמא, בסעיפים 71-98 ו-108-115, שם התייחס **למשפט משווה בעניין, ובמיוחד לעניין BRICK** (ראו בסעיף 170 לבקשה מטעם לופטנהוזה וסווים), שעליו ביקשו להתבסס המבקשות בעניינו. היועץ המשפטי לממשלה הסביר שם באופן מפורט, מדוע הדוקטרינה האמריקאית שעולה מעניין BRICK אינה מתאימה למשפט הישראלי, מדוע הנימוקים האמורים שם אינם רלבנטיים לישראל, הצביע על ביקורת של מלומדים על דוקטרינה זו גם בארצות הברית עצמה, וכן על חוקים שאימצו מדינות רבות בארצות הברית הסוטים מדוקטרינה זו ומכירים בזכותם של צרכנים עקיפים לפיצוי על הנזק שנגרם להם מתיאום מחירים. עוד עמד היועץ המשפטי לממשלה על הדין האירופי התומך בעמדתו.

את שאלת הצפיות (המשפטית והעובדתית) של הנזק לצרכן העקיף), וכן **לתת משקל גם לשיקולי מדיניות רלבנטיים בהתאמה לנסיבות המקרה הפרטני**. במסגרת בחינה זו, כאמור, ניתן לשקול גם את השאלה האם המוצר שינה מצורתו המקורית, זאת, כחלק ממכלול השיקולים הרלבנטיים, אך לא כמבחן בלעדי.

כמו כן ניתן יהיה לבחון בכל מקרה פרטני **האם מדובר בנזק ובניזוק מסוג זה שחוק התחרות כיון להגן עליהם** בגדרי סעיף 50 לחוק; **האם מדובר בנזק מועבר** (כך שההכרה בעילת הצרכן העקיף לא מגדילה את חבותם של המעוולים, אלא רק משפיעה על זהותם של הניזוקים הספציפיים שכלפיהם תחול החבות **הקיימת ממילא**), או שמדובר בנזק נוסף על הנזק שגרמו המעוולים לצרכן הישיר (ובלי לקבוע מסמרות כאן, אם ובאילו מקרים ראוי יהיה לחייב את חברות הקרטל גם בנזקים נוספים שכאלה); **שיקולי צדק והגינות**; **שיקולי הרתעה**; ובסופו של דבר הכרעה **האם בהתאם למכלול נסיבות המקרה הפרטני ראוי להכיר בעילת הצרכן העקיף באותו מקרה**.

90. במקרה שלפנינו, לאור האמור לעיל, מסכים היועץ המשפטי לממשלה **עם מסקנת בית משפט קמא הנכבד** (בסעיף 102 להחלטתו), כי ככל שייקבע שהוכח תיאום המחירים הנטען, וככל שיוכחו הנזקים שנגרמו עקב כך לצרכנים העקיפים, הרי שבנסיבות העניין, **ראוי להכיר בעילת הצרכנים העקיפים**, שרכשו את שירות השילוח דרך משלחים בין-לאומיים (שרכשו את השירות מהמבקשות) ונפגעו מעוולות המבקשות בכך, שנאלצו לשלם מחירים גבוהים יותר עבור השירות. כך, בהתאם לתכליות דיני התחרות ודיני הנזיקין, שכיוונו להגן על צרכנים שכאלה וכך גם משיקולי הרתעה ואכיפה.¹⁰⁷ **לגישת היועץ המשפטי לממשלה, אין מניעה בהיבט זה, מאישור הגשת התובענה הייצוגית בענייננו, בשמה של קבוצת הצרכנים העקיפים הללו**,¹⁰⁸ וזאת ככל שבית המשפט הנכבד יסבור, שעילת התביעה בוססה לגופה, ברמה הלכאורית הנדרשת.

91. לאור כל האמור, **מתבקש בית המשפט הנכבד לאמץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה**, כפי שפורטה.


 יואב שחם, ע"ד
 המחלקה האזרחית
 פרקליטות המדינה

היום: כ"ו סיון ה'תשפ"א; 6.6.2021

¹⁰⁷ וזאת, מבלי לגרוע מעילת המשלחים הבין-לאומיים כלפי חברות הקרטל, ביחס לאותם מקרים שבהם הם לא גלגלו את נזקיהם על הצרכנים, ובלבד שהמבקשות לא יידרשו לשאת בכפל פיצוי.

¹⁰⁸ היועץ המשפטי לממשלה יעיר, כי בית משפט קמא לא קבע מסמרות בהחלטתו, בנוגע לשאלת הכרה בעילת התביעה של צרכנים מ- "המעגל השלישי" והלאה (כלומר רוכשים שרכשו מהגורמים שרכשו בעצמם את השירות מהמשלחים שרכשו אותו מהמבקשות, למשל רוכש שולחן בחנות שגולגלו עליו מחירי הקרטל על ידי בעל החנות שרכש את שירות הטסתו מהמשלחים הבינלאומיים שרכשו את השירות מהמבקשות). בית משפט קמא לא הכריע בכך, מהטעם שהצלחה עצמה לא טענה בבקשת האישור שיש להכיר בעילתם של הצרכנים מהמעגל השלישי והלאה, ובקשת הצלחה במסגרת סיכומיה בהליך קמא להרחיב את הגדרת הקבוצה נדחתה (ראו בסעיפים 102, 112 להחלטת בית משפט קמא). לאור האמור (והואיל והצלחה לא הגישה הליך ערעורי בנדון), גם היועץ המשפטי לממשלה לא יידרש בתשובה זו לשאלת ההכרה בעילת ה- "מעגל השלישי" של הצרכנים בענייננו.