

מועד ההגשה בהתאם להחלטת בית המשפט : 24.4.2023.

מועד חתימת המסמך : 24.4.2023.

ע"א 7125/20

בבית המשפט העליון

הצלחה לקידום חברה הוגנת (ע"ר) ואחרים

ע"י ב"כ עו"הד אורי ברעם ו/או עובדיה כהן

ממשרד אורי ברעם, עורכי דין

רחוב דניאל פריש 3, תל אביב

טל': 03-6078888 ; פקס': 03-6078889

המעוררת

-נגד-

1. UBS AG

ע"י ב"כ עו"הד אהרן מיכאלי ו/או חגית בלייברג ו/או יהודה רוזנטל

ממשרד גולדפרב וליגמן ושות', עורכי דין, רחוב יגאל אלון 98 תל אביב 6789141

טל': 03-7101616 ; פקס': 03-7101617

2. Barclays Bank Plc

ע"י ב"כ עו"הד חגי דורון ואחרים

ממשרד ש. הורוביץ ושות', עורכי דין

רחוב אחד העם 31, תל אביב 6520204

טל': 03-5670700 ; פקס': 03-5660974

המשיבים

היועצת המשפטית לממשלה

על ידי ב"כ עו"הד מפרקליטות המדינה

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

ירושלים, 9777605

טל': 0733-929630 ; פקס': 02-6467038

המתייצבת להליך

עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

בהתאם להודעתה בדבר התייצבותה להליך מכוח סמכותה לפי סעיף 1 לפקוד סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה ליתן את עמדתה כדלהלן:

א. פתח דבר ותמצית עמדת היועצת המשפטית לממשלה

1. בהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 1.6.2022 נקבע כי: "לנוכח הפוטנציאל להשפעות רוחב, מתבקשת היועצת המשפטית לממשלה ליתן את עמדתה בהליך בהקשר לשאלה אם עומדת לניזוקים העקיפים עילת תביעה, בין היתר בשים לב לטענה כי מדובר בניזוקים משניים".
עמדה זו תתמקד בשאלה האמורה.

1א. דוקטרינת ההשפעות

2. טרם הצגת העמדה בסוגיית הניזוקים העקיפים, תובאנה מספר הערות קצרות ביחס לשאלת תחולת דוקטרינת ההשפעות בענייננו, בשל חשיבותה והשלכותיה של שאלה זו, וכדי להסב את תשומת לב בית המשפט הנכבד לפסיקה העדכנית בסוגיה.
3. בית משפט קמא בהחלטתו מושא הערעור התייחס להחלטת בית המשפט המחוזי בעניין ר.ל.פ.י.¹ שבה נקבע שניתן להחיל את הוראות חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1981 (להלן: "חוק התחרות") על הסדרים כובלים שנערכו על ידי חברות זרות מחוץ לישראל, רק במקרים שבהם קיימת "השפעה מהותית, ישירה ומכוונת של ההסדר הכובל על הפגיעה בתחרות בישראל", שאם לא כן, "אין להידרש לדוקטרינת ההשפעות ואין תחולה אקסטרטוריאליה להוראות חוק התחרות" (סעיף 76 להחלטת בית משפט קמא). בית משפט קמא העיר בעניין זה: "לטעמי יש ממש בדברים אלה" (שם, סעיף 77).² בית משפט קמא קבע לאור דברים אלה כי: "חשוב לי לומר כי מקובל עלי העקרון שלטעמי מתאים לענייננו כי לא נכון לייבא את המחלוקת בעניין מניפולציית הליבור או להעלותה לארץ, וכי מקומה להתברר במקום שבו נוצר ההסדר הכובל".
4. אף במסגרת ההליך הערעורי, הצדדים נדרשים לסוגיה זו וחלוקים האם נדרשת השפעה מכוונת של הקרטל על ישראל לשם החלת דוקטרינת ההשפעות.³
5. אין זה המקום להרחיב בסוגיית דוקטרינת ההשפעות. תשומת לב בית המשפט הנכבד תוסב לכך, שהחלטת בית המשפט המחוזי בעניין רלפי (עליה הסתמך בית משפט קמא בענייננו) בוטלה על ידי בית משפט זה.⁴ בעניין רלפי עליון נקבע, שאין לדחות בקשה לגילוי מסמכים בבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית רק מחמת היעדר כוונה של הסדר כובל לפגיעה בישראל (כפי שקבע בית המשפט המחוזי שם). כך נקבע, תוך התייחסות למיהותו של שלב גילוי המסמכים בהליך ניהול התובענה כייצוגית, וכן בשים לב לעמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז) שהוגשה באותו הליך (העמדה מצ"ב כנספת א') שבה נטען, כי לא נדרשת כוונה כזו ודי בציפייה סבירה להשפעה על השוק (ראו בסעיף 15 לפסק הדין).
- בדומה, בעניין גרטלר⁵ נקבע על ידי בית משפט זה, שטענות בנוגע לאי תחולת דוקטרינת ההשפעות בשל היעדר כוונה לפגיעה בישראל אינה מצדיקה סילוק על הסף של בקשת אישור לניהול תובענה כייצוגית, ויש לבחון את יישום הדוקטרינה במקרה נתון, בבקשת האישור לגופה (שם, בסעיף 7 להחלטה).
6. על כן, בשים לב לפסיקתו של בית משפט זה, ואף בשים לב לעמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז) על נימוקיה שהוגשה בעניין רלפי עליון ולפיה לשם יישום דוקטרינת ההשפעות לא נדרשת כוונה לפגיעה בישראל אלא די בציפייה

¹ ת"צ (מחוזי מרכז) 31367-09-16 ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ נ' MAN Truck & Bus AG (נבו 8.9.2019) (להלן: "עניין רלפי מחוזי").

² אמנם, בית המשפט ציין כי אינו מקבל את הקביעות שנקבעו בעניין רלפי מחוזי כמוחלטות וגורפות, שהרי משמעות הדברים, לכאורה, היא, שלא תהיה תחולה להוראות חוק התחרות בכל מקום שההסדר הכובל לא כוון לפגוע בו באופן ספציפי ואפילו כשהפגיעה משמעותית, והדבר עלול "לפגום בהשקעות בישראל" ולמנוע מחברות שפועלות בשוק הישראלי לתבוע את נזיקתם בבתי המשפט בישראל. מכל מקום, בית משפט קמא הדגיש, שאינו מביע את דעתו לפה יש להחיל את חוק התחרות בכל מקרה שבו התקיימה פגיעה משמעותית בשוק הישראלי (וכאשר לא הוכחה כוונה ספציפית של חברות הקרטל לפגיעה בישראל) ורק סבור שיש לתת את הדעת על כך מבלי לקבוע מסמרות (סעיפים 78-77 לפסק הדין).

³ המערערת מסתייגת מקביעות בית משפט קמא בנדון (ראו סעיפים 67-78 לסיכומיה), ואילו המשיבים תומכים בקביעות בית משפט קמא (ראו סעיף 42 לסיכומי המשיבה 2; סעיפים 68-72 לסיכומי המשיב 1).

⁴ ראו: רע"א 6646/19 ר.ל.פ.י. נ' MAN Track (נבו 12.10.2021) (להלן: "עניין רלפי עליון"). יצוין, שאף בית משפט קמא בעניינו העיר, שהוא אינו קובע מסמרות בשאלת תחולת דוקטרינת ההשפעות, שכן עניין רלפי עליון היה תלוי בבית משפט זה, בעת מתן ההחלטה קמא (ראו בסעיף 78 להחלטה קמא).

⁵ רע"א 7787/21 UBS נ' גרטלר (נבו 6.4.2022).

סבירה לכך, וזאת כדי להביא למימוש מיטבי של תכליות חוק התחרות (אכיפה, פיצוי והרתעה) בהקשר של פגיעת קרטלים בגופים הפועלים בישראל ובתושבי ישראל, אין בטענה בדבר היעדר כוונה של חברות הקרטל בענייננו לפגוע בשוק הישראלי, כדי להצדיק את דחיית בקשת האישור דנן על הסף.
7. מכל מקום, מכאן ולהלן, תתמקד עמדה זו בסוגיית ה"ניזוקים העקיפים".

2. תמצית עמדת היועצת המשפטית לממשלה בסוגיית הניזוקים העקיפים

8. תחילה, יובהר כי לא תובע עמדה בשאלת עילת התביעה לגופה, הן באופן כללי והן באופן ספציפי ביחס לעילת החוסכים באמצעות הגופים הפיננסיים (בעיקר חברות ביטוח וחברות מנהלות של קופות גמל (להלן: "הגופים המוסדיים")) הנמנים על קבוצת ה"ניזוקים העקיפים" כפי שהוגדרה על ידי המערערת בבקשת האישור לניהול התובענה כייצוגית. כך, מבחינת ההפרה, מבחינת הנזק לחוסכים ומבחינת הקשר הסיבתי בין מניפולציית הליבור לנזק לחוסכים ככל שנגרם. שאלות אלו כרוכות, בין היתר, בהיבטים עובדתיים משמעותיים שלא התלבנו במלואם, ולא יקבעו מסמרות בעניינם. אין ללמוד דבר לעניין זה מאי הגשת תביעה נזיקית על ידי המדינה נגד הצדדים להסדר הכובל, הנובעת משיקולים שונים של המדינה, שאין זה המקום לפרטם.

9. עמדה זו תתייחס לשאלה המשפטית האם מוקנית לחוסכים בגופים מוסדיים עילת תביעה (אישית וייצוגית) נגד גופים שהפרו את הוראות סעיף 4 לחוק התחרות וערכו הסדר כובל אסור (כגדרו בסעיף 2 לחוק התחרות), בהתאם להוראת סעיף 50 לחוק התחרות לפיה דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות החוק, כעוולה לפי פקודת הנזיקין. העמדה תתייחס למצב דברים בו בוצעה הפרה של האיסור על הסדר כובל, ולמצב דברים שבו קיים קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק שנגרם לחוסכים.

10. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, **שיש להכיר בעילת התביעה של החוסכים כלפי חברות שערכו הסדר כובל**, וזאת בדומה להכרה באופן כללי בעילת ניזוקים עקיפים לפי חוק התחרות, המקובלת בפסיקת בתי המשפט המחוזיים שתפורט להלן. יצוין, כי ביחס לשאלה זו היועץ המשפטי לממשלה (דאז) הגיש את עמדתו המפורטת לבית משפט זה בהליך שהתקיים בעניין **אל על**⁶.

11. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, כי, בכל הכבוד, שגה בית משפט קמא הנכבד כאשר קבע, שאין להכיר בעילת החוסכים בענייננו רק מהטעם שהכספים והנכסים המנוהלים על ידי הגופים המוסדיים עבור החוסכים מצויים בבעלות ובנאמנות הגופים המוסדיים ולא בבעלות החוסכים.

אכן, הכספים והנכסים המנוהלים עבור החוסכים מצויים בבעלות הגופים המוסדיים (שמנהלים אותם לטובת החוסכים), ולגופים המוסדיים נתונה זכות תביעה משלהם נגד צדדים להסדר כובל שפגע בנכסים אלה. במקרים המתאימים, עשויה אף לחול חובה על הגופים המוסדיים להגיש תביעה כאמור, כחלק מחובת הנאמנות שלהם כלפי החוסכים.

אולם, **אין בכך כדי לשלול את עילת התביעה העצמאית והישירה שנתונה לחוסכים עצמם כלפי צדדים להסדר כובל שגרמו להם נזק**, וזאת בהתייחס לזכות האישית של החוסכים עצמם לתשואה על הכספים שהשקיעו בגופים המוסדיים (זכות שקיימת לחוסכים כלפי הגופים המוסדיים), וככל שיוכיחו שגובה תשואתם נפגע עקב עוולתם של הצדדים להסדר הכובל.

12. לצד האמור, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שקיימים יתרונות רבים בכך שבמקרים המתאימים תוגשנה תביעות נגד צדדים להסדרים כובלים על ידי הגופים המוסדיים עצמם. זאת, בין היתר, בשים לב למומחיות המקצועית של הגופים המוסדיים בעניין; בשים לב ליכולת ולמשאבים שברשותם לשם ניהול תביעה מעין זאת;

⁶ רע"א 3186/20 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' הצלחה (נבו 2.6.2022) (להלן: "עניין אל על עליון"). העמדה מצ"ב כנספח ב'. באותו עניין הנתבעות הסכימו להמלצת בית המשפט העליון למחיקת בקשות רשות הערעור שהגישו על ההחלטה לאשר את ניהול התובענה כייצוגית שם (ואף בקשות רשות הערעור שם עסקו בין היתר בסוגיית הניזוקים העקיפים), תוך שמירת טענותיהן לתובענה הייצוגית גופה. יצוין כי עמדה דומה הוגשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה (דאז) גם בהליכים שהתקיימו בבית המשפט המחוזי באותו עניין (ת"צ (מחוזי מרכז) 10538-02-13 הצלחה נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ (להלן: "עניין אל על מחוזי"). ההליך תלוי ועומד). עמדה זו מצ"ב כנספח ג'. סיכום הטענות מטעם היועץ המשפטי לממשלה (דאז) באותו הליך מצ"ב כנספח ד'.

- ובהינתן שהמידע והנתונים הרלבנטיים נמצאים בידם, שהרי הם מנהלים את הכספים והנכסים. והכל, באותם מקרים שבהם הגופים המוסדיים ימצאו, שקיימת הצדקה להגשת תביעה כזו, בראיית טובתם של החוסכים, כמי שחבים כלפיהם חובת נאמנות, ובהתאם לשיקול הדעת המקצועי והענייני של הגופים המוסדיים.
13. על כן, לאור שיקול הדעת שמקנה חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**") לבית המשפט בהחלטתו על אישור ניהול תובענה כייצוגית ואף בשים לב לדרישת חוק תובענות ייצוגיות (ראו: סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות) שהתובענה המנוהלת כייצוגית תהיה "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין", ככלל, **יהיה מקום לתת עדיפות ובכורה לתביעה (אישית או ייצוגית) שיגישו גופים מוסדיים** נגד צדדים להסדרים כובלים שפגעו בנכסים שמנהלים הגופים (לטובת החוסכים), על פני תביעה חליפית, שתוגש בשם החוסכים.
14. עם זאת, כאשר גופים מוסדיים בחרו שלא להגיש תביעה נגד צדדים להסדר כובל, אין לשלול את זכותם של החוסכים לתבוע במישרין (לרבות במסגרת של הליך תובענה ייצוגית) את הצדדים להסדר הכובל בגין הנזק שגרמו להם.
15. יודגש שעמדה זו בסוגיית הניזוקים העקיפים, מתייחסת רק לעילת התביעה הנתונה לחוסכים בעניין הסדר כובל לפי חוק התחרות (שבה מתמקד הליך זה) ובהתאם להוראותיו ותכליותיו של חוק זה. לפיכך, לא תובע כל עמדה, ביחס לשאלה האם עשויה לעמוד לחוסכים (באופן כללי או בענייננו) עילות תביעה נגד צדדים שלישיים, מכח דינים אחרים (למשל, מכוח עוולות נזיקיות אחרות; מכח חוק ניירות ערך וכדומה), אם לאו.

ב. רקע נדרש והחלטת בית משפט קמא

16. הבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית שבנדון (להלן: "**בקשת האישור**") הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב נגד גופים בנקאיים זרים (בין היתר, המשיבים שלפנינו), תוך שהתבקש פיצוי לגופים ואנשים בישראל שניזוקו ממניפולציית הליבור שבוצעה על ידי גופים בנקאיים אלה.
17. ריבית הליבור, היא ריבית שמפרסם ארגון הבנקים הבריטי (BBA) אחת ליום עסקים, והיא מסמלת את גובה הריבית שהמוסד הבנקאי צפוי לשלם עבור הלוואות בין-בנקאיות קצרות טווח. ריבית זו היא ריבית מבוססת הערכות של בנקים החברים בפאנלים הנדרשים להעריך מהי הריבית שבה הם צופים שיוכלו לגייס בהלוואות קצרות טווח. ריבית הליבור מהווה עוגן בסיס לפיקדונות, הלוואות, אשראי, משכנתאות וניירות ערך עם ריבית משתנה, בעולם כולו.
18. פרשת מניפולציית הליבור התרחשה בין השנים 2005-2011. בבקשת האישור נטען, כי בתקופה זו חברי הפאנל האמונים על קביעת שיעורי ריבית הליבור, הטו את הריבית, במטרה להגדיל את רווחיהם בהתאם לפוזיציות המסחריות שלהם בעת הרלוונטית.
19. בשנת 2012 נחשפה הפרשה עם פרסום מידע על עסקת טיעון שנערכה בין רשויות האכיפה בארצות הברית לבין בנק ברקליס. בהמשך, הודו בנקים נוספים על אודות מעורבותם במניפולציה. עם חשיפת הפרשה ננקטו באירופה ובארצות הברית הליכים פליליים, אזרחיים ומנהליים נגד חברי הפאנל.
20. בבקשת האישור נטען, שיש לחייב את הבנקים הזרים בפיצוי האנשים והגופים בישראל שנפגעו ממניפולציית הליבור. העילה המרכזית שעליה מבוססת בקשת האישור היא העילה לפי חוק התחרות (ולפי פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות). בסעיף 523 לבקשת האישור נטען: "**מי שהחזיק מכשירים פיננסיים מבוססי ליבור סבל נזק מהטיית הליבור כלפי מטה, כל אימת שהיה צריך לקבל כסף על בסיס הליבור; וסבל נזק מהטיית הליבור כלפי מעלה, כל אימת שהיה צריך לשלם כסף**".
21. בקשת האישור הוגשה בשם שתי קבוצות נפגעים. קבוצה אחת היא קבוצת הניזוקים הישירים, המורכבת מגופים ישראליים שרכשו במישרין מכשירים פיננסיים מבוססי ליבור מהמשיבים.⁷ קבוצה שנייה היא קבוצת הניזוקים העקיפים, הכוללת את החוסכים שהשקיעו מכספם במוסדות הפיננסיים הישראלים הנמנים על קבוצת הניזוקים

⁷ בקשת האישור כוללת בקבוצה זו בנקים ישראלים, קרנות, גופים פיננסיים שונים, בנק ישראל ואף את מדינת ישראל.

הישרים, ושעקב מניפולציית הליבור קיבלו מהשקעתם, תשואה נמוכה יותר לכיסם, לפי טענות המערערת: **"נפגעים עקיפים הם חברי קבוצה, שבגלל מניפולציית הליבור שילמו יותר או קיבלו פחות בגין מכשירים פיננסיים מבוססי ליבור אותם החזיקו באמצעות נפגעים ישירים. כך למשל, אם קופת גמל... או גוף מוסדי כלשהו רכשו מכשיר פיננסי מבוסס ליבור עבור לקוחותיהם... המחיר והתשואה הועברו ישירות ללקוחות, הרי שגם הנזק שנגרם בשל מניפולציית הליבור הועבר ישירות ללקוחות... הנזק גולגל ישירות אל כתפי הנפגעים העקיפים"**.⁸

22. המשיבים הגישו לבית משפט קמא בקשה לסילוק על הסף של בקשת האישור.
23. ביום 22.9.2020, קיבל בית משפט קמא את הבקשה והורה על סילוק הבקשה על הסף. נקבע, שאין לאפשר לעמותת הצלחה לקידום חברה הוגנת (ע"ר), המערערת, להגיש תובענה ייצוגית בשם הניזוקים הישרים שהם מהגופים הגדולים במשק שהחליטו לא לתבוע (ראו בסעיפים 62-73 להחלטה קמא). כמו כן נקבע, שיש לדחות גם את בקשת האישור בשם הניזוקים העקיפים, היות ולא קיימת להם עילה תביעה מאחר ואינם ניזוקים ישירים: **"אין יריבות בין קבוצת הניזוקים העקיפים לבין המבקשים (הבנקים הנתבעים – הח"מ) שכן, ככל שיש עילת תביעה נגד הנתבעים בנסיבות כאן, הרי זו נתונה לגופי ההשקעה אצלם השקיעו חברי קבוצת הניזוקים העקיפים את כספם"** (סעיף 50 להחלטה). עוד נקבע: **"העמיתים שהשקיעו כסף בקופת הגמל זכאים אמנם לקבל כספים מקופת הגמל, אך אין בזכות הזו כדי ליצור קשר ישיר בין העמית לבין הנכסים של קופת הגמל, שהם בבעלות החברה המנהלת... אין לקבוצת הניזוקים העקיפים זכות תביעה נגד המבקשים. הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, ככל שנגרם, נגזר מירידת ערך הנכסים שבבעלות גופי ההשקעה והגופים המנהלים, הם הזכאים להטבת הנזק במקרה של תביעה, קרי, הגופים הפיננסיים עצמם הם שיכולים לתבוע... ברי אפוא כי אין לאפשר לחברי קבוצת הניזוקים העקיפים לתבוע את החברה המנהלת בגין ירידת ערך הנכסים שבבעלותה, שהרי אפשרות שכזו חותרת תחת ההפרדה המובנית של מערכת היחסים המשולשת בה אין זיקה בין העמית לבין נכסי החברה המנהלת"** (סעיפים 52-54 להחלטה).

24. בית משפט קמא נדרש בהחלטתו גם לפסיקת בית המשפט המחוזי בעניין אל על, שם הוכרה עילת הצרכן העקיף. בית משפט קמא אבחן מקרה זה מענייננו, בחן את הדברים לפי מבחן "שמירת צורתו המקורית של המוצר" וקבע שבענייננו, בשונה מעניין אל על, "המוצר לא שמר על צורתו": **"בענייננו אין מדובר 'באותו שירות' ולהפך ההפרדה היא מוחלטת וברורה... מאליו ברור שאין מדובר באותו מוצר שלא שינה צורתו"**.⁹ (סעיף 56 להחלטה).
לאור זאת, קבע בית משפט קמא, שיש לסלק על הסף את בקשת האישור (סעיף 59 להחלטה).⁹

ג. טענות הצדדים בהליך הערעור

25. נגד החלטת בית משפט קמא הגישה המערערת את הערעור שבכותרת. המערערת שבה וטוענת, שיש לאשר את בקשת האישור ביחס לשתי הקבוצות שצוינו לעיל. העמדה שלהלן תתמקד בטענות הצדדים ביחס לעילת הניזוקים העקיפים (החוסכים בגופים המוסדיים), בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד וכאמור לעיל.
26. המערערת טוענת בסיכומיה, שבתביעה בעניין הסדר כובל לא נדרשת יריבות חוזית בין הניזוק לבין הנתבע ודי בכך שצד להסדר כובל גרם נזק לחברי קבוצת החוסכים כדי להקנות להם עילת תביעה. עוד נטען שהניזוקים העקיפים הם "הניזוקים האמיתיים", כי הגופים המוסדיים גלגלו את הנזק אליהם. עוד טוענת המערערת ביחס למבחן "שינוי הצורה" שיושם על ידי בית משפט קמא, כי "שינוי צורה הוא מבחן שרירותי מבחינת גלגול הנזק שיסודו

⁸ סעיף 547 לבקשת האישור.

⁹ למען שלמות התמונה יצוין, כי סוגיית העילה של החוסכים בענייננו נדונה גם בהחלטת כב' הרשמת ערעורי (בגדר ההליך קמא), מיום 28.7.2020 (ההחלטה פורסמה במאגר נבו), שביטלה את היתר ההמצאה מחוץ לתחום שניתן במעמד צד אחד, ביחס לגופים בנקאיים זרים נוספים שנתבעו בבקשת האישור. בהחלטתה נקבע כי לא עומדת למערערים עילת תביעה (הן בשם הניזוקים הישרים והן בשם הניזוקים העקיפים), כאשר אף בהחלטה זו סבר בית המשפט שיש ליישם את מבחן "שמירה הצורה המקורית של המוצר", ותוך שקבע כי בענייננו צורה זו לא נשמרה במעבר מהגופים המוסדיים לחוסכים, היות ומדובר בנזק "שעבר גלגולים שונים". עם זאת, יצוין, כי המערערת הגישה ערעור על החלטה זו (ע"ר (מחוזי תל אביב) 26777-08-20 **הצלחה נ' Deutsche Bank AG** (לא פורסם, 30.11.2020)). בית המשפט המחוזי דחה את הערעור בסוגיית ההמצאה, אולם זאת רק מהטעם שבקשת האישור נדחתה (בהחלטה קמא מושה ההליך שבכותרת), וערעור ההמצאה נדחה בכפוף להכרעת בית המשפט העליון בהליך דנן: **"היה ויתקבל ערעורם, שאז יהיו רשאים להגיש בקשה מחודשת להיתר המצאה, אשר ידון לפי הקביעות של בית המשפט העליון"**.

בשיקולי מדיניות משפטית ואין בו כדי לסכל תביעה מוצדקת של נפגע עקיף"; "פיצוי בגין הגבל עסקי ניתן לנפגע מאותו הגבל עסקי... אף אם המוצר שמחירו תואם שינה צורה עד שהגיע אליו". כמו כן נטען, שהנזקים הכספיים שנגרמו לחוסכים כתוצאה מההסדר הכובל, לא שינו צורה.

27. המשיבים טוענים מנגד, כי צדק בית משפט קמא בקביעתו שהחוסכים נעדרים עילה כלפי המשיבים בהיעדר יריבות ביניהם. המשיב 1 טוען, שהחוסכים בגופים המוסדיים "אינם נפגעים עקיפים, אלא ניזוקים משניים", ואם נגרם להם נזק הוא אינו תוצאה של גלגול, אלא תוצאה של ירידת שווי הנכסים המוחזקים על ידי הגופים המוסדיים ובעלותם הבלעדית, ועל כן עילת תביעה (ככל שקיימת) מוקנית רק לגופים המוסדיים. המשיב 2 מוסיף וטוען, שבהתאם להוראות חוק מפורשות, הכספים שמשקיעים חוסכים בגופים מוסדיים הופכים להיות חלק מנכסי הגופים המוסדיים, וכך גם הפירות של כספים אלה. עוד מטעים המשיב 2 כי הגופים המוסדיים משמשים כנאמן על נכסי הגופים, לטובת החוסכים, על כל החובות הנובעות מכך. לאור זאת, טוען המשיב 2: "משמעות החקיקה שהוצגה... היא... זכות התביעה בגין כך נתונה, באופן בלעדי, לחברה המנהלת את גוף ההשקעה שמשמשת נאמן על הנכסים לטובת "הנפגעים המשניים" ". כן נטען על ידי המשיבים, שהתשואה מכספי ההשקעה שמשולמת לחוסכים היא בבחינת מוצר שלא שמר על צורתו המקורית, וגם מטעם זה אין להכיר בעילת החוסכים. עוד נטען על ידי המשיבים, כי שאלת גלגול הנזק ודוקטרינת הצרכן העקיף, "טרם הוכרו בישראל כהלכה מחייבת".

עמדת היועצת המשפטית לממשלה

28. סדר הילוכה של העמדה יהיה כדלהלן: תחילה תובא התייחסות לשאלה אם ככלל יש להכיר בעילת הניזוק העקיף במסגרת תביעה מכח חוק התחרות בעניינו של הסדר כובל. לאחר מכן, תידרש העמדה לשאלה, האם יש מקום ליישם גישה זו אף במצב הדברים הנדון בהליך דנן ביחס לעילת תביעה של חוסכים כלפי צדדים להסדר כובל שפגעו בנכסים המנוהלים על ידי גופים מוסדיים עבור אותם חוסכים, וזאת תוך ניתוח משפטי של מצב דברים זה ויישומו לענייננו; ולבסוף יוטעם, שיש מקום, בגדרי חוק תובענות ייצוגיות, לתת עדיפות לתביעת צדדים להסדרים כובלים על ידי הגופים המוסדיים עצמם. אולם, כאשר גופים אלה בחרו שלא לתבוע, אין מקום לאיון זכות התביעה הישירה של החוסכים כלפי הצדדים להסדר הכובל שגרמו להם לנזק, בין בהליך אישי, ובין בהליך ייצוגי במקרים המתאימים לכך.

ד. עילת הניזוק העקיף בתביעה נגד צדדים להסדר כובל לפי חוק התחרות

29. היועץ המשפטי לממשלה (דאז) הגיש את עמדתו העקרונית בסוגיה זו בהליכים שהתקיימו בעניין אל על, הן לבית המשפט העליון והן לבית המשפט המחוזי. העמדות מצ"ב.¹⁰

היועצת המשפטית לממשלה חוזרת על האמור בעמדות שם ותבקש לחדד את הדברים בכל הנוגע לענייננו.

30. סעיף 50 לחוק התחרות קובע: "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין". אחד האיסורים המרכזיים בחוק התחרות הוא האיסור על תיאום מחירים בין מתחרים עסקיים.¹¹

האם יש להכיר רק בעילת התביעה של מי שהתקשר ישירות עם חברות הקרטל, או יש להכיר גם בעילת הניזוק העקיף, שהנזק שנגרם לניזוק הישיר "גולגל" אליו?

31. ככלל, יש להכיר בעילת הניזוק העקיף, בגדר עוולה זו הנובעת מהוראות חוק התחרות. זאת, ככל שיוכח שמתקיימים רכיבי העוולה, כלומר שחברות הקרטל הפרו את הוראות חוק התחרות באשר לאיסור תיאום מחירים, שהפרה זו גרמה נזק לניזוק העקיף מסוג זה שחוק התחרות כיוון לתת סעד בגינו, ושמתקיים קשר סיבתי

¹⁰ העמדה שהוגשה לבית המשפט העליון מצ"ב כנספח ב'. העמדה שהוגשה לבית המשפט המחוזי מצ"ב כנספח ג'. הסיכומים מטעם היועץ המשפטי לממשלה (דאז) שהוגשו לבית המשפט המחוזי בהליך הנ"ל מצ"ב כנספח ד'.

¹¹ ראו סעיפים 2 ו-4 לחוק התחרות לגבי האיסור; סעיפים 47 ו-47א לחוק לגבי סנקציה פלילית חמורה של 3 או 5 שנות מאסר (במועדים הרלבנטיים); ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל (נבו 31.5.2007), סעיף 10 לפסק הדין של כב' השופטת ארבל שמציינת שתיאום מחירים על ידי מתחרים נושא "חומרה יתירה" ודורש בהליך פלילי "יד קשה" ו"מתן עונש חמור ומרתיע". עוד ראו דברים דומים אף לאחרונה בעניין ע"פ 207/20 אופיר נ' מדינת ישראל (נבו 3.5.2022), בסעיפים 122 ו-129 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז.

(עובדתי ומשפטי) בין ההפרה לבין הנזק. כך, לאור תכליות דיני הנזיקין ודיני התחרות כאחד.

32. טרם שיפורטו הנימוקים לעמדה זו יצוין, כי **פסיקה מחוזית ענפה תומכת בעמדה**.

כך, ציינה כב' השופט שטמר בעניין גרטלר¹², בסעיף 20 להחלטה שלא לדחות בקשת אישור על הסף:

"המגמה המסתמנת בפסיקה, אם כי בשלב זה ללא הכרעה בבית המשפט העליון, היא כי יש לתת זכות תביעה לצרכן העקיף, בעיקר כאשר המוצר שומר על צורתו המקורית".

כך קבעה כב' השופטת שטמר גם בהחלטתה בעניין נזרי¹³, בסעיף 144 להחלטה:

"לא ניתן לשלול את זכות התביעה של הצרכן העקיף בעניינו בשלב זה". הדברים נומקו בכך ש **"קיים חשש ממשי שבעל החוזה יימנע מלתבוע ותימצא עילת התביעה חסרה, דווקא בתחומים החשובים שבהם כח השוק של המשיב גדול ומשמעותי"**. עוד נקבע כי: **"נדבך חשוב להכרעה בשאלת זכות התביעה של הצרכן העקיף הוא השאלה אם עלויות החוזה מגולגלות אל הצרכן העקיף"** (ונקבע כי באותו עניין שנדון שם, אכן היה גלגול כזה).

בדומה, כך קבע כב' השופט גרוסקופף (בשבתו בבית המשפט המחוזי) בעניין ויינשטיין¹⁴:

"השאלה האם זכות התביעה בדיני ההגבלים העסקיים עומדת גם ל"צרכן העקיף" טרם הוכרעה בבית המשפט העליון. ואולם, גם בעניין זה המגמה המסתמנת היא של אימוץ העקרונות המקובלים בדיני הקהילה האירופאית... הנכונות המסתמנת להכיר בזכותו של צרכן עקיף".

כב' השופט גרוסקופף שב וחייד את הדברים בעניין גפניאל¹⁵, בסעיף 47 להחלטתו (ביחס לעילת המחיר המופרז): **"אומנם הסוגיה טרם הוכרעה באופן מחייב בבית המשפט העליון, אולם המגמה המסתמנת בעניין זה תומכת באימוץ הגישה לפיה יש להעניק זכות תביעה לצרכן עקיף... אין כל הצדקה כלכלית או מוסרית כי הפיצוי יינתן לרשתות שיווק המזון, שהרי הן גלגלו את העלות, כולה או עיקרה, ללקוחותיהן. מכאן שאם 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... וזאת למרות היעדר יריבות חוזית ביניהם"**.

קביעות דומות חזרו ונשנו בהחלטות נוספות של בתי המשפט המחוזיים.¹⁶

33. הנימוקים לעמדה יפורטו להלן.

הדברים מבוססים בראש ובראשונה על הוראותיו ותכליותיו של חוק התחרות. ראו בדברי ההסבר לחוק המקורי¹⁷: **"ניתנת לכל מי שסבל נזק כתוצאה מעבירה על הוראות החוק הזכות לתבוע מהעבריינים פיצויים..."**. בסעיף 45(1) לחוק המקורי¹⁸ 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 רק מפני שהמחוקק ראה את הדברים **כמובנים מאליהם**, כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק: **"הסעיף המוצע מביא את עיקר ההוראה האמורה ללא החלקים המובנים מאליהם"**.¹⁹

34. הדברים נובעים גם מהתכליות האובייקטיביות של חוק התחרות ודיני התחרות, שביניהן ניתן למנות את מניעת הפגיעה ברווחת המשק והצרכנים. יפים לעניין זה דבריו של כבוד הנשיא (בדימוס) ברק: **"תחרות חופשית וההגנה עליה באים להגן גם על הצרכן. דיני ההגבלים העסקיים הם ה"מגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות**

¹² ת"צ (מחוזי מרכז) 29013-09-18 גרטלר נ' Deutsche Bank AG (נבו 12.8.2021). בקשת רשות ערעור על החלטה זו- **נדחתה** (לעיל, ה"ש 5).

¹³ ת"צ (מחוזי מרכז) 35507-06-14 נזרי נ' נובל אנרג'י (נבו 8.6.2021).

¹⁴ ת"צ (מחוזי מרכז) 41838-09-14 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ (נבו 29.1.2017), בסעיפים 18-19. (להלן: **"עניין ויינשטיין"**).

¹⁵ ת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (נבו 16.1.2019) (להלן: **"עניין גפניאל"**). אמנם, בקשת רשות ערעור התקבלה בחלקה והחליף הוחזר לבית המשפט המחוזי לדיון מחודש בבקשת האישור (רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל (נבו 26.7.2022)), אולם בית המשפט העליון ציין בפסק דינו (ראו: סעיף 13 לפסק דינה של כב' השופטת ברוך) כי אינו נדרש לדוקטרינת הצרכן העקיף, משעה שהחברה המרכזית לא ערערה על קביעות בית המשפט המחוזי בעניין זה.

¹⁶ ת"צ (מחוזי מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה (נבו 5.4.2016), בסעיף 44 (להלן: **"עניין נאור"**) (אמנם בפסק דינו של בית משפט זה בקשת האישור היו נדחתה לאחרונה (ע"א 5036/20 תנובה נ' נאור (נבו 20.3.2023)), אולם זאת לאחר שנקבע שעילת התביעה לא הוכחה, ובלי להידרש לסוגיית הניזוק העקיף); ת"צ (מחוזי מרכז) 10538-02-13 הצלחה נ' אל על (נבו 19.1.2020), סעיפים 101-102 (יצוין, שבקשת רשות ערעור על החלטה זו נמחקה, בהמלצת בית המשפט העליון (רע"א 3183/20 לופטנהוזה נ' הצלחה (נבו 2.6.2022)).

¹⁷ הצעת חוק ההגבלים העסקיים תשי"ח-1957 ה"ח 327 (1957.11.27), בעמוד 92.

¹⁸ חוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959, ס"ח 286, 6.8.1959, עמוד 157.

¹⁹ הצעת החוק ההגבלים העסקיים התשמ"ד-1983 ה"ח 1647, 7.11.1983, עמוד 62, בדברי ההסבר לסעיף 49 לחוק.

החפשיית²⁰. לפיכך, ברי כי תיאום מחירים אסור שהביא לעלייה במחיר שנאלצו הצרכנים העקיפים לשלם, **ראוי שיזכה את אותם הצרכנים בקבלת סעד**. במקרים רבים כל הנזק או למצער רובו מגולגל אל הצרכן העקיף, כך שלצרכן או לניזוק הישיר שהתקשרו 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 או תלות כלשהי בהם או בשירות שהם מספקים). 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**. במקרים רבים, 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, לתבוע קרטל בינלאומי, בשל היותו רחוק בשלבי הצריכה, יהיו קרטלים אלה חסינים למעשה מפני תביעות הגבליות בארץ.

35. כך גם מההיבט של **תכלית ההרתעה** העומדת אף היא ביסוד דיני התחרות, שנועדה, בין היתר להרתיע מעריכת הסדרים כובלים המנוגדים לדין. אי הכרה בעילת הצרכן העקיף תביא במקרים רבים **להותרת פירות העוולה בכיסן של חברות הקרטל** וברי שהדבר אינו מתיישב עם תכלית ההרתעה.²¹ 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, **תורמת תרומה משמעותית להרתעה מהפרת הדין**,²² במיוחד כלפי צרכנים בישראל.²³ 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.²⁴

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**.²⁵

36. כך גם מבחינת התכליות הכלליות של דיני הנזיקין ויישומם ביחס לעוולה הקבועה בחוק התחרות. **עקרונות הצדק המתקן והשבת המצב לקדמותו** העומדים בליבת תכליות דיני הנזיקין תומכים במתן סעד לצרכן העקיף שניזוק, ככל שהצרכן העקיף ניזוק עקב עוולת הקרטל (ומתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי) ומדובר בנזק מסוג זה שחוק התחרות כיוון לתת סעד בעניינו. כך, גם מנקודת המבט של תכלית ההרתעה (שגם היא מתכליות דיני הנזיקין).

37. אכן, בעניינים מסוימים ובהיבטים מסוימים קיימת הסתייגות בדיני הנזיקין מחיוב בנזקים עקיפים. כך, למשל, בעניין **אלסוחה**²⁶ נדונה שאלת ההכרה בנזקים 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. זאת, מאחר שהסתפקות 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 הנזקים הנפשיים הצפויים את אלה אשר ראוי כי ייכללו בתוך גבולות מעגל האחריות" (שם, עמוד 433).²⁷

²⁰ ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה פ"ד נב(5) 213, 231 (1998).

²¹ ראו דברים דומים בעניין ת"צ (מחוזי מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה, בסעיף 44 להחלטה (נבו 5.4.2016).

²² ראו גם בסעיף 10 לסיכומים מטעם היועץ המשפטי לממשלה (דאז) בעניין אל על מחוזי, לעיל ה"ש 6. כמו כן ראו: תמר אינדיג ומיכל גל, דוקטרינת ההשפעות כבסיס לתחולה חוץ-טריטוריאלית של החוק הישראלי, אוניברסיטת חיפה 33-30 (2020) (פורסם במרשתת בכתובת: <https://law.haifa.ac.il/images/Docs/doctrine.pdf>). כן ראו שם בהערת שוליים 289 למאמר.

²³ ראו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין אל על עליון, בסעיפים 56-59 ובסעיף 30 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין אל על מחוזי.

²⁴ ראו בעניין זה גם בסעיף 44 להחלטת בית המשפט המחוזי בעניין אל על. עוד ראו: אמיר ישראלי "כוחו של השוק: התביעה הייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים" משפטים 131, 133, 140-138 (2019).

²⁵ ראו: <https://www.gov.il/he/Departments/General/claims>.

²⁶ רע"א 444/87 אלסוחה נ' דהאן פ"ד מד(3) 397 (1990).

²⁷ לאור זאת, ההכרה בניזוקים העקיפים שנפגעו נפשית כתוצאה מהפגיעה בניזוק הישיר הוגבלה והוכרה רק כאשר מתקיימים 4 תנאים מצטברים שפורטו בפסיקה. ראו למשל בעניין אלסוחה, עמודים 433-437; ע"א 71/18 הרשות הפלסטינית נ' בן שלום (נבו 10.3.2021), סעיפים 115-116 לפסק הדין. עוד ראו ע"א 9466/05 שויקי נ' מדינת ישראל פ"ד סב(3) 806 (2008), בסעיפים 10-13, 19 לפסק הדין של

38. בדומה, לגבי נזקים כלכליים טהורים²⁸, קיימת הסתייגות 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 בישראל²⁹ אומץ כלל השולל את עילת הניזוקים העקיפים שבנדון, תוך קביעת חריגים שבהם כן תוכר העילה.³⁰
39. יודגש, כי העמדה בהליך זה אינה גורעת מעקרונות היסוד בדיני הניזוקין שצוינו. עם זאת, סוגיית ההכרה בעילת הניזוק העקיף שנפגע מתיאום מחירים אסור שנעשה תוך הפרת הוראות חוק התחרות (וכאשר מתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי ולא קיים "ריחוק הנזק"), **שונה, בכמה היבטים**.
40. ראשית, 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, כמפורט לעיל בסעיפים 33-35 לעמדה זו.
41. שנית, בדיני התחרות מדובר בעילה הנוגעת ל**נזק כלכלי טהור, שהוכרה באופן ספציפי על ידי המחוקק** (ואין הבדל בענייננו בין צרכן ישיר לצרכן עקיף). לכן, המגמה המסתייגת מהכרה בחבות ביחס לנזק כלכלי טהור (בכלל ובמיוחד ביחס לניזוקים עקיפים) אינה רלבנטית בעניין זה.
42. שלישית, בשונה מניזוקים עקיפים טיפוסיים בדיני הניזוקין, שכאמור בעניין **שערי צדק**,³¹ הם מי שנפגעו כתוצאה מן הפגיעה שהוסבה לאחר, ו"**כאבן הנופלת למקווה מים והודפת סביבה מעגלים מרחקים**", הנזק שנגרם לצרכן עקיף שניזוק מתיאום מחירים קרטלי אסור, 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? קשה לקבל חלוקה שרירותית כמעט בין צרכן ישיר לצרכן עקיף, אשר תשלול מהאחרון את עילתו.
43. רביעית, גם בדיני הניזוקין הכלליים הוכרה עילה של ניזוקים עקיפים שסובלים מנזק כלכלי טהור, 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)³².
- בענייננו של הניזוק העקיף מתיאום מחירים קרטלי אסור, במקרים רבים, מדובר ב"**נזק מועבר**", וממילא, יש מקום להכרה בעילת הניזוק העקיף, שהרי **לא מדובר בהרחבת חבות המזיק**, אלא רק בחלוקת סכום הפיצוי בין הניזוקים

כבי' השופט ריבלין, שם 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.

²⁸ **"נזק כלכלי טהור הוא נזק כספי לניזוק שאינו נובע מנזק פיזי לניזוק או לרכושו"** (ישראל גלעד דיני נזיקין-גבולות האחריות 805 (התשע"ב-2012) (להלן: "גלעד").

²⁹ ראו באסמכתאות המובאות אצל גלעד, 895-900. ראו שם גם בעמוד 921.

³⁰ ראוי לציין, שגם כשמדובר בניזוקים ישירים, האחריות בגין נזקים כלכליים טהורים הוגבלה במישורים שונים, בין היתר מחמת חשש לריבוי תביעות והרתעת יתר (ראו גלעד, לעיל ה"ש 28, בעמודים 807-882). קל וחומר, כשמדובר בניזוקים עקיפים.

³¹ ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (נבו 5.6.2007), בסעיף 22 לפסק הדין של כבי' השופט ריבלין.

³² 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 לזו" (גלעד, 897). אמנם, הדין מכיר בעילתם של התלויים במסגרת הסדר סטטוטורי מיוחד הקבוע בסעיפים 78-80 לפקודת הניזוקין, אולם גלעד מבהיר, שניתן היה להכיר בעילתם גם בגדרי עוולת הרשלנות. ראו גם: ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית פ"ד (נה) 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). כמו כן ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 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. כמו כן ראו: גלעד, 921.

השוניים, בהתאם לנזק ממנו סבל כל אחד מהם.³³

44. לאור האמור, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, יש מקום להגדיר אדם שניזוק מתיאום מחירים קרטלי (במידה ומתקיים קשר סיבתי בין עוולת הקרטל לבין הנזק האמור), כאשר הנזק הועבר אליו מהגורם שהיה בקשר ישיר עם הצדדים להסדר הכובל, **בניזוק ישיר**, בהינתן שסעיף 50 לחוק התחרות כיוון להגן עליו 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).³⁴

1.1. משפט משווה ומשפט עברי

45. העמדה לפיה יש להכיר בעילת הניזוק "העקיף" מתיאום מחירים קרטלי אסור נתמכת בדין המקובל **באיחוד האירופי**. בית המשפט הנכבד יופנה בעניין זה לעמדתו המפורטת של היועץ המשפטי לממשלה (דאז) בעניין אל על מחוזי, סעיפים 108-115.³⁵ עוד יוער ביחס לטענת משיב 1 (בסעיף 25 לסיכומי) לפיה הדין האמריקני אינו מכיר בעילת הניזוק העקיף, וכי "לא ברור מדוע לשיטתם ביצירת דין חדש לישראל, על ביהמ"ש קמא היה לאמץ דווקא את הדין האירופי ולא האמריקני", כי היועץ המשפטי לממשלה (דאז) התייחס בהרחבה לעניין זה **(עניין אל על מחוזי, בסעיפים 71-98)** וביאר, מדוע הדוקטרינה האמריקנית בעניין אינה מתאימה למשפט הישראלי. עוד עמד היועץ המשפטי לממשלה (דאז) על הביקורת שנמתחה על הדוקטרינה האמריקנית בארצות הברית עצמה, בין היתר לאור לשון החוק האמריקני ולאור עקרונות יסוד של דיני הניזוקים.³⁶ עוד הובא שם, **שמדינות רבות בארצות הברית** אימצו הסדרים חוקיים המכירים בזכותם של צרכנים עקיפים לפיצוי על נזקם. זכותן של מדינות אלה לקבוע חקיקה כאמור קיבלה את אישורו של בית המשפט העליון של ארצות הברית,³⁷ והלכה למעשה בארצות הברית מוגשות בפועל תביעות צרכנים עקיפים בבתי המשפט המדינתיים.

46. עוד יש לתמוך את העמדה המוצעת גם בעקרונות **המשפט העברי** ביחס לחיוב בנזקים עקיפים. מדברי התלמוד עולה, שקיימים סוגים של נזקים עקיפים שאין לחייב עליהם: "גרמא בנזיקין פטור" (בבא קמא, ס', עמוד א). לעומת זאת, קיימים סוגים אחרים של נזקים עקיפים שיש לחייב עליהם (לשיטת רבי מאיר, מגדולי התנאים, כמותו פסקו הרמב"ם³⁸ והשולחן ערוך³⁹) המכונים בתלמוד: "גרמיי". ראו למשל: בבא קמא, ק', עמוד א. בגדר החילוק בין "גרמא" (עליו אין חבות בנזיקין) ל"גרמיי" (עליו יש חבות בנזיקין), מצאנו פירושים ושיטות שונות. לענייננו, נזכיר מקצתן.⁴⁰ הרמב"ם⁴¹ הקדיש חיבור שלם לסוגיה זו ("קונטרס דינא דגרמיי"). לשיטתו, ניתן לחייב על נזקים עקיפים כאשר "ברי היזקא", כלומר כאשר קיימת רמת וודאות גבוהה לגרימת הנזק.⁴² ראשונים אחרים סברו, שהחילוק נוגע לשאלת הכוונה להזיק, כלומר שהמתכוון להזיק יתחייב גם בנזקים עקיפים, ואילו מזיק ללא כוונה – יפטור.⁴³ שיטה חשובה היא **שיטת הריצב"א**⁴⁴ (שהובאה להלכה ברמ"א, חושן משפט, שפ"ו, ג) שסבר שאין חילוק עקרוני בגדרי "גרמא" ו"גרמיי", אלא האבחנה נוגעת **לצורך הציבורי והחברתי בהרתעה מפני גרימת נזק עקיף**. לשיטתו, כאשר קיים צורך ציבורי בהרתעה, תיקבע חבות בנזיקין בגדר "גרמיי": **"ונראה לריצב"א... כל**

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

³⁴ להרחבה ראו: סעיפים 49-50 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין אל על מחוזי.

³⁵ ראו גם: סעיפים 57-61 לבקשת האישור; סעיף 20 לסיכום טענות המערער.

³⁶ ראו: עמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז) בעניין אל על מחוזי, סעיפים 80-83.

³⁷ California V ARC America Corp 490 US 93 (1989).

³⁸ הלכות חובל ומזיק, פרק ז', הלכה ז'.

³⁹ חושן משפט, שפ"ו, א.

⁴⁰ להרחבה ראו: אנציקלופדיה תלמודית, "גרמא בנזיקין"; גרמיי"; ע"א 1597/15 פלוגית נ' פלוגי (נבו 2016.1.20), סעיפים י"ג-י"ז לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

⁴¹ מגדולי הראשונים, המאה ה-13, ספרד וארץ ישראל.

⁴² כך עולה גם מדברי רבנו אשר (הרא"ש), בבא קמא, פרק ט', י"ג. הרמב"ן והרא"ש מעלים שיקול נוסף הנוגע לסמיכות הזמנים בין מעשה העוולה, לגרימת הנזק, אולם הרמב"ן מגמיש שיקול זה ומוכיח לחייב גם בנזק "שעתיד לבוא", ראו שם. עוד ראו בבא בתרא, כב, ב, תוספות דיבור המתחיל "זאת", שדוחה שיקול זה. להרחבה ראו: שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין, **דינא דגרמיי**, בעמוד 117 (הוצאת ישיבת הר עציון, אלון שבות, תש"ס) (להלן: **"הרב אהרן ליכטנשטיין"**).

⁴³ ראו: הרב מנחם המאירי, בבא קמא, נה, ב.

⁴⁴ רבי יצחק בן אברהם, מבעלי התוספות, המאות ה-12-13, צרפת.

היזק המצוי ורגיל לבוא קנסו חכמים וטעם דקנסו שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו...⁴⁵

רוצה לומר, כאשר היעדר חבות בנזקים עקיפים עלול לפגוע בהרתעה מפני גרימה מכוונת של נזקים כאלה, וכאשר יש צורך חברתי בדבר, יש לחייב בנזיקין. ראו בעניין זה גם את דבריו של הרב אהרן ליכטנשטיין זצ"ל (חתן פרס ישראל לספרות תורנית וראש ישיבת הר עציון), עמודים 199-200, שצוטטו לא אחת בפסיקתו של בית משפט זה⁴⁶: **"הריצב"א... מפקיע את הדיון ממוקדו הלמדני בבית המדרש ומציבו... לעלול להתחולל בשווקים וברחובות... במציאות הטכנולוגית המתפתחת, גוברת בהתמדה היכולת להסב נזקים, פיסיים או אפילו וירטואליים... בלי להתחייב על פי הקריטריונים של הרמב"ן... הנזקים יכולים להיות יותר מופשטים ותהליך הנזק יותר עקיף מהרף המינימאלי הנדרש לחייב מדין גרמי – ואף על פי כן, התוצאה חמורה למדי. יוכל גנב למדן ומבריק לתכנן ולבצע שוד מושלם, בעזרת מערכת כלי פריצה של גרמא, מבלי להסתבך... בנזק ישיר או גרמי. הנתמיד בפטור תרחיש כזה על יסוד גרמא בנזיקין?...".**

47. כאמור, נראה שיישום עקרונות אלה לענייננו מחזק את העמדה שהוצגה לעיל. כך, לשיטות במשפט העברי (שפורטו לעיל) העומדות על הגדרים הפורמליים של וודאות קרובה של הנזק ("ברי היזקא"), או כוונה להזיק, הרי שכאשר קיים קשר סיבתי וצפויות, וכאשר מדובר בתיאום מחירים קרטלי אסור (שכידוע מוגדר בחוק התחרות אף כעבירה פלילית), נראה שקריטריונים אלה עשויים להתקיים. כך, ביתר שאת, לשיטת הריצב"א שרלוונטית במיוחד במציאות ימינו, שקובעת שיש לתת את הדגש על השיקולים התכליתיים של הרתעה ומתן סעד לנפגע ולא רק על הגדרות פורמליות כאלו או אחרות, בוודאי במצב דברים לפיו הנזק מגולגל לניזוק ה"עקיף", יש לחייב את חברות הקרטל בנזקיו, שאם לא כן, לא יהיה גורם שיוכל, ויהיה לו אינטרס כלכלי לתבוע את חברות הקרטל, וממילא התוצאה תהיה שתכלית ההרתעה לא תמומש כלל ופירות העוולה הקרטלית יישארו בקופת המעוולים. כל שכן, שהדברים נכונים לגבי הסדרים כובלים חובקי עולם (ובהינתן השוק הגלובלי המודרני), שפעמים רבות, ללא הכרה בעילת הניזוק העקיף, כלל לא יהיה ניתן לתבוע את הנזקים שנגרמו לציבור בישראל.

21. סייגים להכרה בעילת הניזוק העקיף

48. כעת יפורטו מספר סייגים שיש להציב, להכרה בעילתו של הניזוק העקיף, מתיאום מחירים קרטלי אסור.

49. ראשית, אין מקום לחיוב צדדים להסדר כובל בכפל פיצוי. כך, ככלל, כאשר גורם א' גלגל את נזקו לגורם ב', רק גורם ב' יהיה זכאי לתבוע פיצוי.⁴⁷ ואילו כאשר גורם א' גלגל חלק מנזקו לגורם ב', הרי שגורם א' יהיה זכאי לתבוע מחברות הקרטל רק את הנזק שלא גלגל הלאה, ואילו גורם ב' יהיה זכאי לתבוע את הנזק שגולגל אליו. 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 המנוהלות כייצוגיות, בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות מוענקים לבתי המשפט מגוון כלים לחישוב הסעד הכספי שלו יהיו זכאים חברי הקבוצה. יפים לעניין זה דברי כב' השופט שטמר בעניין נאור, בסעיף 44: **"אשר לחשש כי המפר יאלץ לשלם מעבר לנזק שגרם: אחד מכללי היסוד בדיני הניזקין 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".**⁴⁸

50. שנית, חיוב חברות הקרטל בנזקו של הניזוק העקיף כפוף לכללי ריחוק הנזק ולדרישה לקיומו של נזק סיבתי, עובדתי ומשפטי. החיוב גם כפוף לבחינה שמדובר בסוג ניזוקים וסוג נזקים שחוק התחרות כיוון לתת סעד בגינם. ראו בעניין זה את דבריו של כב' השופט גרוסקופף בעניין ויינשטיין, בסעיף 19 לפסק דינו: **"הנכונות המסתמנת**

⁴⁵ בבא בתרא, כב, ב, תוספות, דיבור המתחיל "זאת".

⁴⁶ ראו: ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (נבו 13.5.2012), בסעיף 6 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי פ"ד סו(2) 159, 191-192, בסעיף 42 לפסק דינו של כב' השופט סולברג.

⁴⁷ ראו והשוו: רע"א 2616/03 ישראל כרע"מ נ' רייס (נבו 14.3.2005), בסעיף 31. בשלב זה הדברים אמורים באופן כללי. להלן תובא התייחסות לסיטואציה של ניהול כספים ונכסים על ידי גופים מוסדיים לטובת חוסכים, ולשאלת הגורמים בעלי עילת התביעה בהקשר זה.

⁴⁸ עוד ראו בעניין זה בסעיף 144 להחלטה בעניין נזרי. כמו כן ראו בסעיף 90 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז), בעניין אל על מחוזי.

להכיר בזכותו של "צרכן עקיף" אין משמעה, בהכרח, כי כל מי שמבחינה כלכלית נשא בעלות בגין העוולה ההגבלית הוא בעל זכות תביעה משפטית. במילים אחרות, גם אם קיימת נכונות להרחיב את מעגל התובעים, תוך קירוב מצב הדברים המשפטי למצב הדברים העובדתי-כלכלי, אין משמעות הדברים כי מעגלי התובעים יורחבו עד אין קץ. כך, למשל, העלאת מחיר הדלק לתחבורה משפיעה לא רק על מפיצי הדלק (מפעילי תחנות הדלק), וצרכני הדלק (בעלי הרכבים), אלא גם על שורה כמעט אינסופית של גורמים נוספים, החל בלקוחות של שירותי תחבורה (כגון נוסעים בתחבורה הציבורית ובמוניות) דרך צרכנים של מוצרי צריכה (רוכשי סחורות שהובלתן התייקרה) וכלה בלקוחות של עסקים הנזקקים לאותם מוצרי צריכה או שירותי תחבורה (כגון סוּעֵדִים במסעדות). הרחבת עילת התביעה המשפטית לכל גורם שעלות המוצרים או השירותים שרכש התייקרה בעקבות ההפרה ההגבלית אינה רצויה ואינה הכרחית. היא אינה רצויה מאחר שלניתוח המשפטי יש לשים גבולות סבירים, שיתחמו את זהות התובעים באופן הניתן לניהול על ידי מערכת המשפט; היא אינה הכרחית מאחר שהמשפט ידע ויודע להציב דרישות "יריבות" או "קירבה" הקוטעות את הרצף האינסופי של אירועי "סיבה ומסובב", ומתמקדות באותם מעגלים הקרובים לפגיעתה של ההפרה.

ואכן, נראה על פני הדברים, שחוק התחרות לא כיוון לכך שקרטל שנעשה בעניין מחירי דלק יחויב בפיצוי של סוּעֵדִים במסעדות, וכדומה. כמובן, כל מקרה ייבחן לגופו ולנסיבותיו, הן מן ההיבט של הקשר הסיבתי והיבטי הצפיות, והן מן ההיבט של הבחינה האם מדובר בסוג ניזוקים שחוק התחרות כיוון לתת בעניינם סעד. 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 שאליו נתכוון החיקוק". ראו גם בעניין **תנובה**⁴⁹ שם החילה כב' השופטת פרוקציה (שאמנם הייתה בדעת מיעוט, אבל לא בעניין זה), את עקרונות עוולת הפרת חובה חקוקה, על הפרות של חוק הגנת הצרכן שנחשבות לעוולה נזיקית עצמאית מכוח הוראות סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן תשמ"א-1981, וזאת, בדומה להוראות חוק התחרות בענייננו.

3ד. מבחן "שמירת הצורה המקורית"

51. זה המקום להידרש למבחן שצוין בכמה החלטות של בתי המשפט המחוזיים, ביחס ל "שמירת הצורה המקורית". אף בית משפט קמא בענייננו התבסס, בין היתר, על מבחן זה בהחלטתו לסלק על הסף את בקשת האישור שלפנינו והצדדים בטענותיהם בערעור התייחסו בהרחבה למבחן זה.

52. מבחן זה צוין לראשונה בהחלטתו של כב' השופט גרוסקופף בעניין **גפניאל**, בסעיף 49: "לא בכל חוליה בשרשרת יהא זה נכון לאפשר זכות תביעה. מוכן אני להניח ככלל אצבע כי כאשר המוצר שומר על צורת המקורית כפי שנמכר על ידי חברת הייצור, הרי שאין מניעה לאפשר לצרכן העקיף להגיש את התביעה...שאלה אחרת היא מקום בו המוצר משנה מצורתו המקורית. שאלה זו איננה רלוונטית לענייננו ולא זו השעה להכריע בה". הרי שאם המוצר שמר על צורתו המקורית נקבע, כי יש להכיר בעילת הצרכן העקיף, ואילו ביחס למקרה שבו המוצר שינה את צורתו, לא ניתנה הכרעה.

לאחר מכן, בעניין **אל על מחוזי** (בסעיפים 101-102 לפסק דינו), חזר כב' השופט גרוסקופף על הדברים וגם שם לא **הכריע** בשאלת עילת הצרכן העקיף במצב דברים שהמוצר שינה מצורתו (תוך שקבע שבמצב דברים של "שני מעגלים מתוחמים ומוגדרים המקיימים זיקה ברורה וישירה", יש להגדיר את הדברים כ"אותו שירות שלא שינה מצורתו"). אף בעניין **גרטלר**, כב' השופטת שטמר לא **הכריעה** בכך ורק קבעה קצרות בסעיף 20 לפסק דינה, שהמגמה בפסיקה המחוזית היא להכיר בעילת הצרכן העקיף "בעיקר" כאשר המוצר שמר על צורתו המקורית.

53. בענייננו, בית משפט קמא התבסס על מבחן זה כאשר קבע בסעיף 56 להחלטתו שאין לראות בחוסכים כצרכן עקיף היות והמכשירים הפיננסיים מבוססי ריבית הליבור אינם בגדר מוצר שמר על צורתו המקורית ובענייננו "אין

⁴⁹ ע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי פ"ד (4) 673, 694 (2003).

מדובר באותו שירות... מאלי ברור שאין מדובר באותו מוצר שלא שינה מצורתו".

כפי שפורט לעיל (בסעיפים 26-27 לעמדה זו), המערערת טוענת נגד עצם המבחן הזה ובנוסף טוענת, שמדובר בענייננו במוצר שלא שינה מצורתו, ואילו המשיבים תומכים בקביעותו של בית משפט קמא בעניין. 54. להלן תובא התייחסות לקביעות בית משפט קמא הנכבד בסוגיה זו בענייננו, לאחר שתעמוד על יישום דוקטרינת הניזוק העקיף בעניינים של חוסכים באמצעות גופים מוסדיים.

בשלב זה, תידרש העמדה למבחן שמירת הצורה המקורית כשלעצמו, מהבחינה העקרונית והכללית.

55. הגם שניתן לתת משקל לשאלת ה"צורה המקורית" בין יתר השיקולים בעניין, **אין לקבוע מבחן פורמלי זה כמבחן בלעדי או עיקרי** (ויצוין שוב, שהפסיקה שקדמה להחלטה קמא, לא הכריעה האם יש לשלול את עילת הצרכן העקיף, כאשר המוצר או השירות שינו מצורתם המקורית).

יתכנו 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 עולת חברות הקרטל לבין הנזק לצרכן, וכאשר מדובר בסוג נזק ובסוג ניזוקים שחוק התחרות כיוון לתת סעד בעניינם.

למשל, ניתן להתייחס לתיאום מחירים הנוגע למחיר רכיב אלקטרוני מסוים שהתייקר בעקבות התיאום ורכיב זה מורכב ומשולב בתוך מוצר אחר (מחשב למשל), כאשר מוצר מוגמר זה נמכר לצרכנים במחיר יקר יותר, עקב תיאום המחירים האסור של אותו רכיב שהורכב בו. יתכן, שגם אם נגדיר מצב דברים זה מבחינה פורמלית כשינוי צורתו המקורית של המוצר שמחירו תואם, עדיין, במקרים המתאימים, יהיה 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, תכליות החוק יתמכו בהכרה בעילה).

דוגמא היפותטית נוספת הממחישה היטב את הדברים: מצב בו ייעשה תיאום מחירים אסור בין מגדלי עצי הקקאו, וככל שיתקיים מצב דברים עובדתי לפיו חלק משמעותי מגידולים אלה משמש לייצור ומכירת מוצרי שוקולד ולא רק למכירת קקאו גולמי, ובאופן שחברות הקרטל יכלו לצפות שתוצאת הקרטל תביא לעליית מחירי השוקולד. האם במצב דברים זה, ראוי יהיה לשלול את עילתם של צרכני מוצרי השוקולד שנאלצו לשלם מחירים גבוהים יותר על המוצרים בשל הקרטל האסור (שגולגלו עליהם על ידי יצרני מוצרי השוקולד שרכשו את הקקאו מחברות הקרטל), וזאת רק בשל העובדה שהמוצר "שינה את צורתו"? לכאורה (וכמובן בכפוף למכלול הנסיבות הפרטניות במקרה פרטני כזה או אחר), אין הצדקה לשלול את עילת הניזוקים העקיפים במקרה מעין זה.⁵⁰ 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 מטעמים תכליתיים אחרים של התאמת הנזק והניזוק לכוונתו של חוק התחרות.

56. לאור האמור, **לצד ההכרה העקרונית בעילת הניזוק העקיף, יש לבחון בכל מקרה לגופו, את שאלת קיום הקשר הסיבתי**, העובדתי והמשפטי, בהתאם למבחנים המקובלים בדיני הניזוקין (ובכלל זה כמובן את שאלת הצפיות (המשפטית והעובדתית) של הנזק לניזוק העקיף), וכן **לתת משקל גם לשיקולים תכליתיים בהתאמה לנסיבות המקרה הפרטני, תוך בחינה האם מדובר בנזק ובניזוק מסוג זה שחוק התחרות כיוון להגן עליהם** בגדרי סעיף 50 לחוק. במסגרת בחינה זו, ניתן לשקול גם את השאלה האם המוצר שינה מצורתו המקורית, זאת, כחלק ממכלול השיקולים הרלבנטיים, אך **לא כמבחן בלעדי או עיקרי**.

כמו כן ניתן יהיה לבחון בכל מקרה פרטני האם **מדובר בנזק מועבר** (כך שההכרה בעילת הצרכן העקיף לא מגדילה את חבותם של המעוולים, אלא רק משפיעה על זהותם של הניזוקים 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 בהתאם לשיקולי צדק והגינות ושיקולי הרתעה); ובסופו

⁵⁰ ונראה שגם בעניין זה, **יפה ההיקש מעקרונות המשפט העברי** (ובמיוחד משיטת הריצב"א) שפורטו לעיל, לפיהם בסוגיית החיוב בנזקים עקיפים, יש לתת דגש לצורך החברתי והציבורי ביצירת הרתעה ראויה, תחת התמקדות רק בגדרים פורמליים (כגון "הצורה המקורית"), כאלה או אחרים.

של דבר לתת הכרעה בשאלה האם בהתאם למכלול נסיבות המקרה הפרטני ראוי להכיר בעילת הצרכן העקיף באותו מקרה.

ה. יישום דוקטרינת הניזוק העקיף בדיני תחרות, בעניינם של חוסכים בגופים מוסדיים

57. זה המקום להידרש לשאלה העקרונית של יישום העקרונות שפורטו בסוגיית "הניזוק העקיף", על תביעות חוסכים בגופים מוסדיים, כלפי צדדים להסדר כובל שנטען שגרמו נזק לנכסי הגופים באופן, שלפי טענת המערערת גרם נזק לגובה התשואה הכספית שיקבלו החוסכים לכיסם. למעשה, **ההליך דנן מתמקד בשאלה זו**.

58. בית משפט קמא הורה על סילוק בקשת האישור על הסף (בעניינם של החוסכים), בעיקר, בהתייחס לסוגיה זו.

59. כעת תובא התייחסות למכשירי החיסכון הפיננסיים הנפוצים ולטיבן של הזכויות המשפטיות המוקנות בעניינם לגופים המוסדיים ולחוסכים. בתוך כך, תובא עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה בשאלה המשפטית שלפנינו.

1. הכספים והנכסים המנוהלים בידי הגופים המוסדיים נתונים לבעלותם ועומדת להם עילת תביעה בעניינם

60. קופות גמל הן ממכשירי החיסכון הנפוצים ביותר והן מנוהלות על ידי חברות מנהלות.⁵¹ קופות גמל כוללות מוצרים מסוגים שונים ובכלל זה, קרנות פנסיה, קופות גמל להשקעה, קופת גמל לתשלומים וקרנות השתלמות. מי שרשומים על שמם כספים בקופת הגמל או מי שזכאים לקבל כספים מקופת הגמל מכונים "עמיתים"⁵² וקופת הגמל מנהלת את הכספים לטובת העמיתים. המסגרת הנורמטיבית לפעולתן של קופות הגמל מוסדרת במספר דברי חקיקה.⁵³ בכפוף להוראות החוק, תקנון הקופה קובע את זכויות וחובות העמיתים בקופה.⁵⁴

61. "נכסי קופת גמל" הם סך כל הנכסים המנוהלים על ידי חברה מנהלת, בעבור עמיתי קופת גמל שבניהולה.⁵⁵ "כספי קופת גמל" הם סך כל הכספים וההכנסות שהתקבלו על-ידי חברה מנהלת לקופת גמל שבניהולה, לאחר ניכוי כספים שנמשכו או הועברו מקופת הגמל, וניכוי הוצאות ודמי ניהול שגבתה החברה המנהלת.⁵⁶

הכספים המושקעים על ידי העמיתים בקופת גמל מושקעים על ידי החברה המנהלת בנכסים שונים, בהתאם לסוג המסלול, ובכפוף למגבלות הקבועות בתקנות כללי השקעה ובהוראות הממונה על שוק ההון אשר נקבעות בחוזרים שמוציא הממונה. הרווחים הנצברים בקופה כפי שהתקבלו מחישוב ערכם של נכסי הקופה, לאחר ניכוי דמי ניהול והוצאות ישירות שהוציאה החברה המנהלת לצורך ניהול ההשקעות, יזקפו לזכות העמיתים.⁵⁷

בית המשפט המחוזי בתל אביב (מחלקה כלכלית) הטעים את הדברים בעניין **אקסלנס**⁵⁸: **מערכת היחסים בין העמית, קופת-הגמל והחברה המנהלת... היא כזו: העמית... מפקיד כספים לקופת-הגמל... הכספים הללו – הם "כספי קופת-הגמל" – מנוהלים על-ידי החברה המנהלת. החברה המנהלת משקיעה כספים אלה לפי מדיניות ההשקעות של הקופה, והיא רוכשת באמצעותם נכסים שונים – הם "נכסי קופת-הגמל". החברה המנהלת משמשת כנאמן על נכסים אלה לטובת העמיתים. הכספים אותם מפקיד העמית בקופת-הגמל רשומים ברישומי קופת-הגמל על שמו, והוא זכאי לקבל אותם מקופת-הגמל".**

62. יש לחדד כי לעמית יש חלק בשווי הכולל של הנכסים לאחר חישוב השווי כאמור, ואולם, אין לעמית זכות בכל

⁵¹ "חברה מנהלת" היא החברה המנהלת את קופת הגמל, והיא מוגדרת בחוק כ"חברה שקיבלה רישיון חברה מנהלת". תפקידה של החברה המנהלת מעוגן בסעיף 2 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 (להלן: "**חוק קופות גמל**").

⁵² ראו הגדרת "עמית" בסעיף 1 לחוק קופות גמל.
⁵³ ראו: חוק קופות גמל; חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981; תקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), התשכ"ד-1964 (להלן: "**תקנות מס הכנסה**"); תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (כללי השקעה החלים על גופים מוסדיים), התשע"ב-2012 (להלן: "**תקנות כללי השקעה**").

⁵⁴ ראו סעיף 16 לחוק קופות גמל. כפי שנקבע שם, התקנון נדרש להיות מאושר על ידי הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון.
⁵⁵ ראו הגדרת "נכסי קופת גמל" בסעיף 1 לחוק קופות גמל.

⁵⁶ ראו הגדרת "כספי קופת גמל" בסעיף 1 לחוק קופות גמל. יצוין, שהחברה המנהלת נדרשת להשקיע את כספי קופת הגמל שבניהולה בהתאם להוראות סעיף 26 לחוק קופות גמל ולהוראות תקנות כללי השקעה, וכן נדרשת להחזיק ולנהל את נכסי קופת הגמל שבניהולה, בנפרד מרכושה. ראו בסעיף 27 לחוק קופות גמל.

⁵⁷ ראו: סעיף 41 לתקנות מס הכנסה. ראו גם בחוזר גופים מוסדיים 9-8-2018 "תיקון הוראות החוזר לעניין מדידה" (4.8.2018) שהוראותיו שולבו בסימן ב' "מדידת נכסים", בפרק 1, לחלק 2, בשער 5 לחוזר המאוחד (החוזרים מפורסמים באתר המרשית של רשות שוק ההון). כפי שנקבע שם, משקיע מוסדי יחשב את שוויים של הנכסים שבניהולו מידי יום עסקים לגבי יום העסקים הקודם.

⁵⁸ ת"צ (מחוזי ת"א) 42419-09-15 **לבנון נ' אקסלנס השקעות בע"מ** (נבו 17.2.2019), סעיף 32 (להלן: "**עניין אקסלנס**").

נכס ונכס והוא לא בעל של "אחוז" או חלק מסוים בנכסים עצמם. ניהול נכסי קופת הגמל נעשה על ידי החברה המנהלת עבור ולטובת העמיתים, אולם, **הנכסים נמצאים בבעלות המשקיע המוסדי**⁵⁹ ולא בבעלות העמיתים. כפי שנקבע בתקנה 21(א) לתקנות כללי השקעה: **"משקיע מוסדי יחזיק בנכס רק אם זכותו בו היא זכות בעלות, לרבות זכות חכירה לדורות, ושליטתו בו מלאה, שלמה וישירה ולא רובצים עליו שעבוד או משכנתה"**.

על שם העמיתים רשומים כספים או שהם רשומים כמי שזכאים לכספים מקופת הגמל, אך אין להם זכות ישירה בנכסי הקופה.⁶⁰

בית משפט זה קבע את הדברים (בדעת רוב, בהרכב מורחב) כבר לפני חמישים שנה בעניין **רפק אלקטרוניקה**⁶¹: **"הסכומים אשר אותם מקבלת קופת הגמל מחבריה הם מזמן התשלום נכסי קופת הגמל, הקופה משקיעה אותם בהתאם להוראות התקנות... וכל ניירות-הערך שאותם רוכשת הקופה ונכסים אחרים שבהם היא משקיעה את הכספים שקיבלה מחבריה הם נכסי החברה ולא נכסי החברים. זכותו של החבר לקבל בחזרה מהקופה את מה שנקרא בתקנות "חלקו בנכסי החברה" אינה זכות קנין אלא היא זכות חוזית המבוססת על קשר חוזי שנוצר בין החברה ובין חבריה"**.

שב ועמד על הדברים, בית המשפט המחוזי בתל אביב בעניין **אקסלנס**, בסעיפים 38-39 לפסק הדין: **"החברה המנהלת – כשמה כן היא – מנהלת את נכסי קופת-הגמל. העמיתים אינם מנהלים את הנכסים אלא הניהול הוא עבורם ולטובתם... לכן, על שמו של העמית לא רשומים נכסים אלא... רשומים על שמו כספים ברישומי קופת-הגמל או שהוא רשום כמי שזכאי לקבל כספים מקופת-הגמל. לעמית אין אם כן זכות ישירה בנכסים שקופת-הגמל משקיעה בהם... המשקיע המוסדי – ובכלל זה החברה המנהלת את קופת-הגמל – רשאי אם כן לרכוש נכסים מסוגים שונים באמצעות כספי קופת-הגמל, והוא רשאי להחזיק בהם בתנאי שהנכסים הללו יהיו בבעלותו ובשליטתו המלאה, השלמה והישירה. אכן, ההחזקה של החברה המנהלת בנכסים היא לטובת העמיתים, אולם הבעלות בהם צריכה כאמור להיות שלה ולא של העמיתים"**⁶².

כן ראו בדבריה של המלומדת הרדוף⁶³: **"הכספים המופקדים בקופת גמל עוברים מיד לבעלות הקופה. גם ניירות הערך והנכסים האחרים בהם היא משקיעה את הכספים הם רכוש. לבעל חשבון בקופה אין זכות קניין בכספים ובנכסי ההשקעות. זכותו היא חוזית"**.

63. הדברים עולים גם מהגדרת חברות המנהלות קופות גמל כ- "נאמן", על הכספים והנכסים האמורים. כך נקבע בסעיף 3(א) לחוק קופות גמל: **"חברה מנהלת תשמש נאמן על נכסי קופת הגמל שבניהולה, לטובת העמיתים"**. ראו בעניין זה גם בדברי ההסבר להצעת חוק קופות גמל⁶⁴: **"היחסים בין חברה מנהלת לבין עמיתי קופת הגמל שבניהולה הם, על פי טיבם, יחסי נאמנות שחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, חל עליהם"**⁶⁵. אף לאור הגדרת החברות המנהלות כנאמן (לטובת העמיתים), הכספים והנכסים נתונים בבעלות הנאמן (הגופים המוסדיים) ולא בבעלות החוסכים, שכאמור נתונה להם זכות לקבלת התשואה שתופק מהכספים, אך אין להם בעלות בכספים ובנכסים המושקעים עצמם.⁶⁶

⁵⁹ "משקיע מוסדי" כהגדרתו בתקנות כללי השקעה.

⁶⁰ ראו בהגדרת "כספי קופת גמל" בסעיף 1 לחוק קופות גמל כ- "סך כל הכספים וההכנסות שהתקבלו על ידי חברה מנהלת לקופת גמל שבניהולה... לעומת זאת, עמית מוגדר שם: "מי שרשומים על שמו כספים ברישומי קופת גמל, או מי שזכאי לקבל כספים מקופת גמל..."

⁶¹ די"נ 1/76 **רפק אלקטרוניקה בע"מ** פ"ד לא(1) 681, 695, בסעיף 3 לפסק דינו של כב' השופט י' כהן (7.11.1976).

⁶² עוד ראו: ת"צ (מחוזי ת"א) 14227-04-11 **פלד נ' פנומל החזקות בע"מ** (נבו 3.5.2012), בעמוד 15 (להלן: "עניין פלד").

⁶³ ח' הרדוף **זכויות עובדים בקופות גמל** (1997), 25-26.

⁶⁴ ה"ח הממשלה תשס"ה מס' 175 עמ' 767, 771.

⁶⁵ יצוין, כי אף בית המשפט הנכבד עמד על הגדרת חברות המנהלות קופת גמל כ- "נאמן". ראו: רע"א 6187/15 **פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ במעמדה כנאמן לעמיתי "קרן הפנסיה של הסתדרות העובדים הלאומית בע"מ" נ' צולר**, סעיפים 32-34 לפסק הדין (נבו 25.8.2018) (להלן: "עניין צולר"); רע"א 7606/19 **מגה קמעונאות בע"מ נ' הלמן אלדובי קופות פנסיה וגמל בע"מ**, סעיפים 26-28 לפסק הדין (נבו 8.8.2022) (להלן: "עניין מגה").

⁶⁶ עוד ראו בסעיף 3(א) לחוק הנאמנות תשל"ט-1979 הקובע: "פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות", ובסעיף 3(ב) לפיו, אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות (כלומר, לא ניתן לגבות מנכסי הנאמנות חובות אחרים של יוצרי הנאמנות או של הנהנים). עוד ראו: רע"א 7610/19 **מנהל מס שבח תל אביב נ' גליס** (נבו 30.6.2022), סעיפים 30-32 לפסק הדין; עניין **מגה**, סעיף 30. עוד יצוין כי סעיף 1 לחוק הנאמנות קובע: "נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת". אמנם, בפסיקה נקבע, שזיקה אין פירושה בהכרח בעלות בנכס הנאמנות וזיקה זו יכולה להיות גם זיקה פחותה יותר (ראו: רע"א 5955/09 **כונס הנכסים נ' טאובר** (נבו 19.7.2011), בסעיף 6 לפסק הדין). מנגד, מצאנו גם גישות אחרות. ראו: י' ויסמן אבני נגף בחוק הנאמנות עיוני משפט ז' (תשל"ט) 282; הצעת חוק דיני

64. תובנה זו, שהבעלות בכספי ונכסי קופת הגמל נתונה לחברה המנהלת ולא לעמיתים, מתחדדת גם לאור זכויות שונות שנתונות לחברה המנהלת ולא לעמיתים. כך למשל, בהתייחס לניירות ערך בתאגיד שחברה מנהלת רוכשת, המשקיע המוסדי (ולא העמיתים בקופה) הוא הזכאי להשתתף באספות הכלליות של התאגיד ולהצביע בהתאם למניות שרכש.⁶⁷ כך גם ביחס למתן זכות לעיין במסמכי תאגיד מוחזק, המוענקת לבעל מניות לפי סעיף 184 לחוק החברות התשנ"ט-1999, נתונה לחברה המנהלת המחזיקה במניות תאגיד ולא לעמיתים בקופה שאינם מוגדרים כמחזיקים בנייר הערך.⁶⁸

65. **סיכום ביניים:** לחברות מנהלות של קופות גמל **מוקנית בעלות** על הכספים שהשקיעו העמיתים בקופה ועל הנכסים ופירותיהם שבהם הושקעו אותם כספים. **לעמיתים אין בעלות** בכספים ובנכסים אלה, אלא **זכות אובליגטורית** לקבל את התשואה שהופקה מהכספים המושקעים (לאחר ניכוי דמי ניהול והוצאות השקעה).

66. ראוי לציין, שבנוסף למכשיר הפיננסי של קופות גמל שפורט לעיל, בחברות הביטוח קיימים מכשירים דומים לחיסכון, בדמות פוליסת חיסכון וקופת ביטוח (ביטוח מנהלים). אף בעניינם של מכשירים אלה הוגשה בקשת האישור שלפנינו. פוליסת הביטוח, שבין חברת הביטוח והמבוטח (החוסך) קובעת את זכויות וחובות הצדדים שבנדון והיא חוזה הביטוח שביניהם. על פוליסת הביטוח חלים גם הוראות חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981. חלק מהוראות חוק קופות גמל הוחלו גם על חסכוניות במסגרת חברות ביטוח המנהלות ביטוחים תלויי תשואה.⁶⁹ בין היתר, הוחלו עליהם הוראות סעיפים 3(ב) ו-3(ג) לחוק קופות גמל בהן נקבע:

(ב) **"בניהול נכסי קופות הגמל, במתן שירות לעמיתיהן ובמילוי שאר תפקידיה לפי הוראות חוק זה, תפעל החברה המנהלת באמונה ובשקידה לטובת כל אחד מהעמיתים, לא תפלה בין הזכויות המוקנות לאותם עמיתים ולא תעדיף כל ענין וכל שיקול על פני טובתם.**

(ג) **חברה מנהלת תנהג בזהירות וברמת מיומנות שנאמן מיומן היה נוהג בהן בנסיבות דומות, ותנקוט את כל האמצעים הסבירים לשם שמירה על נכסי קופות הגמל שבניהולה ועל הזכויות הנובעות מנכסים אלה**".⁷⁰ כמו כן, האמור לעיל, לגבי הבעלות של הגופים המוסדיים על הכספים והנכסים המנוהלים על ידם, **חל גם על חברות ביטוח**, שהרי תקנה 21(א) לתקנות כללי השקעה (בה נקבע שמשקיע מוסדי יחזיק בנכס רק אם זכותו בו היא זכות בעלות ושליטתו בו "מלאה שלמה וישירה"), הוחלה גם על פוליסות חיסכון בחברות ביטוח.⁷¹

67. כפועל יוצא מהבעלות שנתונה לגופים המוסדיים על הכספים והנכסים המנוהלים על ידם, **ברי שנתונה להם גם עילת תביעה כלפי צדדים שלישיים** שגרמו נזק לכספים או נכסים אלה. ראו: סעיפים 49, 55 לעניין אקסלנס.

יודגש, שהדבר נובע לא רק מבעלותם בנכסים, אלא גם מחובות הנאמנות המוטלים עליהם כמי שמנהלים את כספי החוסכים, כמפורט לעיל. המחוקק אף לא הסתפק בחובות הקבועים בחוק הנאמנות אלא הטיל על הגופים המוסדיים חובות נרחבות נוספות. ראו: סעיף 3 לחוק קופות גמל. כן ראו בדברי ההסבר להצעת חוק קופות גמל: **"ההוראות שבחוק המוצע נועדו להרחיב ולהבהיר את חובות הנאמנות והזהירות המוטלות על חברה מנהלת כנאמן מקצועי ומיומן של עמיתי קופות הגמל שבניהולה"**.⁷²

כפועל יוצא מחובת הנאמנות, במקרים המתאימים שטובת החוסכים דורשת הגשת תביעה נגד צדדים

ממונות התשע"א-2011 ה"ח 595. אולם בענייננו, לאור הוראות החוק והתקנות שפורטו לעיל, ברי שזיקת החברות המנהלות לנכסים היא זיקה של בעלות.

⁶⁷ ראו: סעיף 31 לחוק קופות גמל; תקנה 2 לתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (השתתפות חברה מנהלת באסיפה כללית) התשע"ט-2009; עניין **אקסלנס**, סעיף 39.

⁶⁸ כך גם ביחס לזכות הקנייה לבעל מניה בתאגיד מוחזק לפי סעיף 185 לחוק החברות לעיין במסמכים המצויים ברשות תאגיד (בתנאים הנקובים שם), ולא לעמיתים בקופה.

⁶⁹ ראו: סעיף 56 לחוק קופות גמל; סעיף 36 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח) תשמ"א-1981.

⁷⁰ עוד ראו: תקנה 7 לתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (כללי השקעה החלים על גופים מוסדיים) התשע"ב-2012, שכותרתה "חובות נאמנות" ושהוחלה גם היא על חסכוניות במסגרת ביטוחים תלויי תשואה בחברות ביטוח (ראו שם בסעיף 1 בהגדרת "משקיע מוסדי"). אמנם, הוראת סעיף 3(א) לחוק קופות גמל הקובעת, שחברה מנהלת "תשמש נאמן", לא הוחלה על חברות ביטוח שלא מוגדרות באופן פורמלי כ"נאמן", אך נראה שהדבר אינו גורע מכך שעקרונות של נאמנות חלים גם עליהן, ואין זה המקום להאריך בכך (להרחבה ראו בסעיפים 44 ו-65 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז) שהוגשה בעניין רע"א 6388/19 **הפניקס בע"מ נ' הופמן**, התלוי ועומד. העמדה פורסמה במאגר התייצבויות היועץ המשפטי לממשלה. ראו: <https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/6388-19/he/6388-19.pdf>).

⁷¹ ראו בהגדרת "משקיע מוסדי" בתקנה 1 לתקנות כללי השקעה.

⁷² עוד ראו: עניין **צולר**, סעיף 32; עניין **מגה**, סעיפים 26-27.

שלישיים שפגעו בנכסי הגופים המוסדיים, תחול חובה על הגופים המוסדיים להגיש תביעה כאמור, שהפרתה עשויה לעלות משום הפרת חובת הנאמנות שחלה עליהם.

באותם מקרים, עשויה אף לעמוד לחוסכים עילת תביעה (אישית ואף ייצוגית) נגד הגופים המוסדיים שלא הגישו תביעה כאמור, במקרים שטובת העמיתים דרשה זאת (ראו בעניין אקסלנס, בסעיף 58 לפסק הדין). זאת, לצד עילות תביעה חוזיות נגד הגופים המוסדיים שעשויות גם כן לעמוד לעמיתים, במקרים מסוימים.

68. בעניין זה יוער, כי יש לדחות את טענת המערערת (בסעיף 39 לסיכומה), כי "תביעת נפגע ישיר מסוכלת בשל גלגול הנזק".

בעניינים של כספים ונכסים המנוהלים על ידי גופים מוסדיים, אין בכך שעיקרו של הנזק "גולגל" לבסוף, כפי הנראה, לחוסכים, כדי לשלול בהכרח את עילת התביעה של הגופים המוסדיים. כך, היות שהבעלות על הנכסים שניזוקו נתונה בידי הגופים המוסדיים, והיות שמוטלת עליהם חובת נאמנות (כלפי החוסכים) שדורשת, בין היתר, הגשת תביעות נגד צדדים שלישיים שהזיקו לנכסים המנוהלים, במקרים המתאימים. לפיכך, הדין נתן לגופים המוסדיים זכות תביעה בנוגע לפגיעה בנכסים המנוהלים על ידם, וככל שיזכו בתביעה, הכספים שבהם יזכו יצטרפו לנכסי הקופה ותשואות הכספים תועברו בסופו של דבר לחוסכים, כך שקבלת תביעה של הגופים המוסדיים, תביא לביטול הנזק לחוסכים בעת שאלה יקבלו את סכום נזקם מהגופים המוסדיים.

69. העולה מהאמור, שבהתייחס לזכות הבעלות בנכסי הקופה (הנתונה לגופים המוסדיים) ולזכות התביעה של הגופים המוסדיים הנובעת מכך, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא שצדק בית משפט קמא הנכבד בקביעתו.

2. לצד זכות התביעה של הגופים המוסדיים, עומדת גם לחוסכים עילת תביעה ישירה נגד חברות קרטל כאשר

הללו הזיקו לשווי זכותם לקבלת תשואת הכספים

70. אלא, שבכל הכבוד, שגה בית משפט קמא הנכבד, כאשר הסיק מזכות הבעלות של הגופים המוסדיים על הנכסים המנוהלים על ידם, שיש בה כדי לשלול את זכות התביעה של החוסכים כלפי חברות הקרטל (גם כאשר נגרם נזק על ידי חברות הקרטל, לגובה תשואת הכספים שיקבלו החוסכים לכיסם).

71. אכן, כאמור לעיל, אין לחוסכים זכות בנכסי הגופים המוסדיים עצמם. על כן, לא עומדת לחוסכים עילת תביעה ישירה כלפי חברות הקרטל בגין הפגיעה בנכסים המנוהלים על ידי הגופים המוסדיים. אולם, **אין הדבר שולל** את עילת התביעה של החוסכים כלפי חברות הקרטל שהפרו את הוראות חוק התחרות, ככל שהפרת דין זו גרמה נזק לשוויה של **הזכות האישית** של החוסכים עצמם (כלפי הגופים המוסדיים) – זכותם לתשואת הכספים שהשקיעו באמצעות הגופים המוסדיים, וככל שקיים קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין ההפרה לבין הנזק שנגרם להם.

72. לחוסכים קיימת זכות אישית לקבל מהגופים המוסדיים את התשואה שתופק מהכספים שהשקיעו (בניכוי דמי ניהול וההוצאות הישירות שהוצאו לשם השאת הכספים). בסעיף 32(א) לחוק קופות גמל נקבע: "חברה מנהלת לא תגבה מנכסי קופות גמל שבניהולה, מחשבוניות עמיתים בקופה, מתשלומים המועברים לקופה או מתשלומי הקופה לעמיתים... אלא את אלה: (1) דמי ניהול (2) הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות בנכסי קופת הגמל... (3) דמי ביטוח...".

לבד מניכויים אלה שהותרו בחוק⁷³, על הגוף המוסדי להעביר את תשואת הכספים (ככל שקיימת תשואה חיובית) לחוסך במועד משיכת הכספים ובהתאם לתקנון הקופה או פוליסת החיסכון הרלבנטית. ראו בהגדרת "עמית" בסעיף 1 לחוק קופות גמל: "**מי שרשומים על שמו כספים ברישומי קופת גמל או מי שזכאי לקבל כספים מקופת גמל**".

ראו גם בתקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל) תשכ"ד-1964, סעיף 41: "**הרווחים הנצברים בקופה מדי יום עסקים, כפי שהתקבלו מחישוב ערכם של נכסי הקופה ... ולאחר ניכוי דמי ניהול, ייזקפו לזכות העמיתים ליום העסקים האחרון של כל חודש, ולגבי עמית המושך או מעביר כספים מהקופה – במועד החישוב**

⁷³ בכפוף להסדרתם בתקנון קופת הגמל או בפוליסת החיסכון של חברת הביטוח הרלבנטית.

שקדם למועד שבו התקבלו הכספים בידי העמית או למועד שבו הועברו...

זכות זו מוסדרת אף בתקנונים של קופות הגמל השונות, וכן בפוליסות החיסכון המנוהלות על ידי חברות הביטוח. כן ראו בעניין **אקסלנס**, בסעיף 32: "העמית... מפקיד כספים לקופת הגמל... הכספים הללו... מנוהלים על ידי החברה המנהלת. החברה המנהלת משקיעה כספים אלה לפי מדיניות ההשקעה של הקופה והיא רוכשת באמצעותם נכסים שונים... הכספים אותם מפקיד העמית קופת הגמל רשומים ברישומי קופת הגמל על שמו והוא זכאי לקבל אותם מקופת הגמל".⁷⁴

73. על כן, ככל שזכות אישית זו המוקנית לחוסכים עצמם ניזוקה כתוצאה מעוולת חברות הקרטל (כלומר שהחוסכים קיבלו תשואה נמוכה יותר לכיסם עקב העוולה), וככל שיוכח ברף ההוכחה הנדרש, שמתקיים קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק, **יש להכיר בעילת התביעה של החוסכים כלפי חברות הקרטל**.

74. ואכן, מצאנו בפסיקה⁷⁵ דוגמאות נוספות לכך שמעוול שגרם נזק יחוב בפיצוי אדם בעל זכות חוזית בנכס הניזוק, והגם שבעת הנזק הבעלות על הנכס הייתה נתונה לאחר, וזאת מהטעם שהעוולה גרמה נזק לשווייה של זכות חוזית זו. והדברים יפים לענייננו ביתר שאת, לנוכח הוראות ותכליות חוק התחרות לתת סעד למי שנפגע בפועל מהעוולה.

3. פסקי הדין בעניין אקסלנס ובעניין דרין עולים בקנה אחד עם עמדת היועצת המשפטית לממשלה

75. יודגש, כי עמדת היועצת המשפטית לממשלה מצומצמת לעילת התביעה שלפנינו מכח חוק התחרות. אין היא נדרשת לעילת תביעה היפותטיות אחרות ולמקרים אחרים, ובכלל זה אינה מתייחסת לשאלה האם חוסכים יכולים לתבוע צדדים שלישיים שהפרו את דיני ניירות ערך ועקב כך גרמו נזק לנכסים המנוהלים על ידי הגופים המוסדיים (ובעקבות כך נגרם נזק לחוסכים עצמם). בעניין אחרון זה נקבע על ידי בית המשפט המחוזי בעניין **אקסלנס**, שלא עומדת לחוסכים עילת תביעה מכח חוק ניירות ערך.

בית משפט קמא הנכבד סבר, שיש ללמוד מפסק דין אקסלנס, שאף בענייננו החוסכים נעדרים עילת תביעה (ראו סעיפים 50-54 להחלטה קמא).

אין ללמוד מקביעותיו של פסק דין **אקסלנס** לענייננו, שהרי הנמקותיו נוגעות לחוק ניירות ערך ותכליותיו ולא לחוק התחרות. כך, נקבע שם, שתובענה המנוהלת כייצוגית בשם חוסכים בטענה להפרת דיני ניירות ערך על ידי צדדים שלישיים אינה נכנסת לגדר פרט 5 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות הדורשת "זיקה לנייר ערך", באשר החוסכים אינם בעלים על ניירות הערך שנקנו על ידי הגופים המוסדיים (ראו: סעיף 45 לפסק הדין בעניין **אקסלנס**). עוד נקבע בסעיף 47 לפסק הדין בעניין **אקסלנס**, שלחוסכים אף לא עומדת עילת תביעה אישית, היות וחובות הגילוי והדיווח בניירות ערך (שנטען שם להפרתם) "מיועדות למשקיעים- קרי למי שמחזיק בניירות הערך (כמו גם למי שרוכש ניירות ערך על סמך הדיווח). הדיווחים לא נועדו ולא יכולים להיות מיועדים למי שאינו מחזיק, לא החזיק ואינו שוקל להחזיק בניירות הערך, אלא שהם מוחזקים לטובתו על ידי החברות המנוהלות". הדברים מבוססים שם על ניתוח הוראות חוק ניירות ערך ודברי מלומדים באשר לתכליתו של חוק זה (ראו בסעיף 48 לפסק הדין בעניין **אקסלנס**).⁷⁶ כאמור, לא תובע עמדה ביחס לקביעות אלו.

מכל מקום, בשונה מגישת בית משפט קמא הנכבד, **דברים אלה אינם רלוונטיים ביחס לשאלה הנדונה בענייננו** – האם עומדת לחוסכים עילת תביעה נגד חברות הקרטל לפי הוראות חוק התחרות – שתכליתם **שונה באופן מהותי**.

76. ביחס לעילת החוסכים כלפי חברות הקרטל מכח חוק התחרות, הרי שכפי שפורט לעיל בהרחבה,⁷⁷ תכליתו של

⁷⁴ עוד ראו: עניין **פלד**, עמוד 15 לפסק הדין.

⁷⁵ 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), עמודים 27-28 לפסק הדין: "אין עומד בפני התובעת מכשול כלשהו בתביעת פיצוי על הנזק הכלכלי שנגרם לה... התובעת לא הייתה בעלת הנכס אולם הייתה "בעל זכות" וזכות זו נפגעה".

⁷⁶ גם הקביעות בסעיף 63 לפסק הדין בעניין **אקסלנס** ביחס להפרות נטענות נוספות מכח חוק ניירות ערך (איסור על שימוש במידע פנים ועל ביצוע תרמית, החובה לדווח דיווח מיידי על מידע מהותי למשקיע ועוד), והקביעה שם, שלחוסכים לא עומדת עילת תביעה בענייננו, מבוססת על הניתוח של חוק ניירות ערך ותכליותיו, והדברים אינם משליכים על העילה מכח התחרות הנדונה בענייננו.

⁷⁷ ראו לעיל: סעיפים 33-35, 40-44 לעמדה זו.

חוק התחרות היא לתת סעד למי שנפגע בפועל מהעוולה, ולא למי שהיה לו דווקא קשר ישיר (חוזי או אחר) עם המעוולים (וכפי שהובא לעיל,⁷⁸ בחוק התחרות המקורי אף נקבע מפורשות: "לענין סעיף זה אין נפקא מינה... אם הנזק נגרם במישרין או בעקיפין"). זאת, כדי לממש את תכליות החוק ובכללן מתן סעד לנפגעים מהפרת הדין ויצירת הרתעה מפני הפרת הדין. על כן, קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין אקסלנס (לפיהן תכליתן של החובות בידי ניירות ערך נסבות רק כלפי מי שמקבל את החלטת ההשקעה בנייר הערך) אינן רלבנטיות לענייננו.⁷⁷ הדברים מתחדדים ומתחזקים בענייננו, לנוכח העובדה שזק שנגרם לנכסי הגופים המוסדיים, בסופו של דבר, משפיע בעיקר על התשואה שיקבלו החוסכים לכיסם שמשקפת את שווי הנכסים שמנהלים הגופים המוסדיים עבורם. הנזק שנותר בכיסם של הגופים המוסדיים, מצומצם בעיקר לדמי הניהול (וכמובן נזק זה הוא נמוך באופן ניכר מהנזק שיספגו החוסכים, שהרי דמי הניהול נגבים באחוזים, בין היתר, מהסכום שנצבר לטובת החוסך בקופת הגוף המוסדי).⁷⁹ גם לאור זאת, ובהינתן שהנזק העיקרי, ככל שנגרם, נגרם לחוסכים, אין מקום לאיין את עילת תביעתם ואף אין בסיס בדין לשלילת עילתם. עוד ראו בעניין זה בדברי גלעד⁸⁰: "מידת הריחוק או הקרבה בין המזיק לבין הניזוק העקיף תלויה גם בשאלה מהו הנזק העיקרי שגרמה עוולת הנתבע. כאשר הנזק לניזוקים העקיפים הוא העיקרי מבחינת חומרתו והיקפו ואילו הנזק לניזוקים הישירים הוא משני מבחינת חומרתו והיקפו יש בכך כדי ליצור קרבה נורמטיבית בין המזיק לבין הניזוקים העקיפים".

⁷⁸. זאת ועוד: יש לדחות את טענת המשיב 2 (בסעיף 22 לסיכומי), שפסק דינו של בית משפט זה בעניין דרין,⁸⁰ תומך בטענה לפיה החוסכים נעדרים עילת תביעה כלפי המשיבות.

כפי שנראה להלן, עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה מתיישבת עם הלכת דרין ועם הפסיקה שבאה בעקבותיה.

⁷⁹. בעניין דרין נקבע, שבדרך כלל, לא תעמוד לבעלי מניות בחברה עילת תביעה (אישית או ייצוגית) בגין פעולות שעשו אורגנים של החברה (כגון עריכת עסקה במחירי הפסד) ואשר גרמו נזק לחברה וכפועל יוצא מכך גרמו נזק גם לערכן של מניות החברה (כל עוד מדובר בנגזרת של הנזק לחברה ולא מדובר בנזק נפרד ומוגדר לבעלי מניות מסוימים). זאת, מהטעם "שנזק זה... הוא באופן טיפוסי נזק משני. זהו נזק אשר נגזר מנזקה של החברה. הוא אינו עומד בפני עצמו כנזק המקים עילת תביעה אישית... הנזק יוטב באופן אחיד אם וכאשר תתבע החברה את נזקה היא ותזכה בפיצויים. הפיצוי לחברה אמורה להביא לעלייה בשוויין של מניות החברה" (סעיף 18 לפסק הדין של הנשיא ברק). עוד הוטעם שם (בסעיף 28): "במצב הדברים הרגיל אין להכיר בחובה מושגית של נושאי משרה בחברה כלפי בעלי מניותיה אך בשל התנהגותם אשר גרמה לבעל המניות נזק (משני) הנגזר מהנזק (הראשוני) שנגרם לחברה עצמה. לעניין נזק זה, הזכות היא של החברה, והנזק (הראשוני) הוא שלה. הפיצוי בגין נזקו של בעל המניה לא יבוא בדרך של הכרה בזכותו שלו כלפי מנהלי החברה (או בעלי השליטה). הפיצוי יבוא במימוש זכותה של החברה ובהענקת פיצוי לה על נזקה. עם מתן הפיצוי לחברה יבואו בעלי המניות על סיפוקם".⁸¹

⁸⁰. דברים אלה אינם תומכים בשלילת עילת החוסכים בענייננו, וזאת לאור שוני מובהק בין הסוגיות הנדונות: א. פסק דין דרין עוסק בחובות מכח חוק ניירות ערך ומכח עוולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה. ביחס לחובות אלה נקבע (על בסיס ניתוח הוראות החוק הרלבנטיות ותכליותיהם), שהחובות המוטלים על נושאי המשרה מוסבים, ככלל, כלפי נזק של החברה עצמה (וכן כלפי נזקים ספציפיים לבעלי המניות שאינם נובעים מהנזק לחברה) ולא

⁷⁸ ראו לעיל, סעיף 33 לעמדה זו.

⁷⁹ אמנם, נזק נוסף שעשוי להיגרם לגופים המוסדיים הוא אובדן לקוחות עתידיים, שהרי אחד המדדים העיקריים שהגופים המוסדיים מתחרים בענייננו הוא התשואה, ואם תשואתם תיפגע, הדבר עשוי להשפיע על היקף הלקוחות העתידיים. אלא, שדומה, ששיקול זה פחות רלבנטי כאשר מדובר בעוולה רוחבית שלפי הטענה, גרמה נזקים לכל הגופים המוסדיים, כבענייננו.

⁸⁰ ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ פ"ד נט' 673 (9.9.2004) (להלן: "עניין דרין").
⁸¹ יצוין, שעיקרם של הדברים נקבעו עוד לפני פסק הדין שניתן בעניין דרין, בפסק הדין שניתן בעניין ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיו בירה בע"מ פ"ד נא' 312 (14.4.1997). ראו שם בסעיפים 14-15. כן ראו שם בסעיף 13: "חובת הדירקטורים... היא כלפי החברה ולא כלפי בעלי מניותיה ומשכך עילת תובענה נגדם קיימת... רק לחברה".

כלפי נזק של בעלי המניות הנובע מהנזק לחברה.⁸²

בשונה מכך, ביחס לעילה הקבועה בחוק התחרות בנוגע לאיסור הסדר כובל וקביעתו כעוולה בניזקין, **החובה מתייחסת לנפגעים בפועל** ולא דווקא ביחס לגורם הישיר שעוול המעוולים התקשרו. על כן, יש לחייב את המעוולים בפיצוי הגורם שנפגע מעוולתם, כפי שעולה מפרשות מהוראות חוק התחרות ותכליותיו. וכל שכן ביחס לעילת החוסכים באמצעות גופים מוסדיים, שהם שסופגים את **עיקר הנזק**. יתירה מזו: הכספים והנכסים מוחזקים ומנוהלים על ידי הגופים המוסדיים **עבורם ולטובתם של החוסכים** וזאת תכלית התקשרותם עם הגופים המוסדיים. אף בכך שוני מובהק מעניינם של בעלי המניות, שניהול נכסי החברה לא נועד דווקא לטובתם.⁸³

ב. הנמקה מרכזית שעמדה ביסוד הלכת דרין נגעה לכך, שבידי בעלי המניות עומדת האפשרות לתבוע את נזקה של החברה (ובאמצעות כך לשפות בעקיפין גם את בעלי המניות על נזקם) באמצעות מוסד **התביעה הנגזרת** (וזאת ככל שהחברה לא מגישה תביעה בעצמה) ראו: סעיף 20 לפסק הדין בעניין **דרין**.⁸⁴ במקרים מסוימים שבהם לא עמדה לבעלי המניות אפשרות להגשת תביעה נגזרת או שאפשרות זו הייתה מוגבלת, נקבע בפסיקת בית המשפט הנכבד שבמסגרת הבחינה האם לאפשר לבעלי המניות להגיש תביעה ישירה על נזקם נגד הצדדים השלישיים שהזיקו לחברה, לצד בחינת מכלול נסיבות המקרה, **יש לתת משקל לכך שאין אפשרות חליפית להגשת תביעה נגזרת**.⁸⁵

גם לאור דברים אלה, האבחנה לענייננו ברורה, באשר לא עומדת לחוסכים האפשרות להגיש תביעה נגזרת בשם הגופים המוסדיים, וגם בשל כך יש לאפשר להם לתבוע את חברות הקרטל על נזקם האישי.⁸⁶

ג. ולבסוף, גם ביחס לבעלי מניות, נקבע בעניין **דרין** (בסעיף 30 לפסק הדין), שניתן להותיר בצריך עיון את השאלה האם בנסיבות מיוחדות יהיה מקום לאפשר תביעה של בעלי המניות בגין נזקם עקב ירידת שווי המניות בשל נזק שנגרם לחברה, וזאת כאשר **"האמצעים הקיימים לפיקוח ולבקרה על יוצרי סיכונים כלפי חברות אינם מעוררים הרתעה מספקת או אינם יוצרים את התמריץ הראוי להגשת תביעה נגזרת"**. בהמשך, בעניין **גרינפלד** חריג זה אכן התקבל בפסיקה (ראו שם בסעיפים 14-15 לפסק הדין), ובעניין **גדיש**, אישר בית משפט זה תובענה ייצוגית בשם בעלי המניות, בין היתר מהטעם בדבר **"היעדר הרתעה מספקת"** (שם, בסעיף 39 לפסק הדין).
גם לאור דברים אלה, במצב דברים בו הגופים המוסדיים לא הגישו תביעה נגד חברות הקרטל, והתוצאה הצפויה עקב כך היא הותרת פירות העוולה בידי חברות הקרטל תוך פגיעה מהותית בתכלית ההרתעה מפני הפרת הדין, יש לאפשר הגשת תביעה על ידי חוסכים שסובלים מנזק אישי, כתוצאה מעוולת חברות הקרטל, והדבר בוודאי הולם את תכלית ההרתעה ומימושה בפועל.

⁸² למען שלמות התמונה יצוין, כי כיום קבוע בסעיף 252 לחוק החברות כי נושא משרה חב כלפי החברה בחובת זהירות, אך אין בכך למנוע הטלת חובת זהירות כלפי אדם אחר, ובפסיקה נקבע כי "החלת חובת זהירות גורפת על דירקטורים כלפי בעלי המניות בחברה עלולה לתת תחת מושכלות יסוד של ממשל תאגידי, כפי שאלה עולים מלשון החוק ומתכליותיו, לפיהם נושאי המשרה בחברה נושאים באחריות לפעול בכל מאודם לשם מימוש האינטרסים של החברה כישות נבדלת מבעליה. עם זאת, חוק החברות איננו שולל את האפשרות להחיל חובת זהירות שכזו במקרים פרטיים" (ע"א 3417/16 **פינרוס החזקות בע"מ נ' התובע הייצוגי** (נבו) 4.8.2021), בסעיף 56 לפסק הדין כב' של השופט מלצר). להלן: **"עניין פינרוס"**.

⁸³ ראו: סעיפים 11, 252 לחוק החברות; עניין **פינרוס**, סעיף 56.

⁸⁴ עוד ראו: ע"א 9014/03 **גרינפלד נ' לסר** (נבו) 14.12.2006, בסעיפים 13 ו-15 (להלן: **"עניין גרינפלד"**).
⁸⁵ כך, בעניין ע"א 2718/09 **גדיש קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ** (נבו) 28.5.2012, בסעיף 39 (להלן: **"עניין גדיש"**), אחד הנימוקים שנתן בית המשפט העליון לאישור ניהול תובענה כייצוגית שהגישו בעלי המניות היה נעוץ בכך, שהאפשרות של תביעה נגזרת לא הייתה ישימה באותו עניין. עוד ראו בדבריה של הנשיאה חיות בעניין רע"א 3800/15 **א.ר. די אינסטרום בע"מ נ' זאבי** (נבו) 8.2.2017, בסעיף 27 (להלן: **"עניין זאבי"**), שציינה, שספק אם יש להחיל את הלכת **דרין** על תביעות של מחזיקי אג"ח, וזאת בין היתר מהטעם "שאפשרותם של מחזיקי אג"ח להטיב את נזקיהם באמצעות תביעה נגזרת היא מוגבלת ביותר... זאת בניגוד לבעלי מניות". עוד ראו בעניין **פינרוס**, בסעיף 61 לפסק דינו של כב' השופט מלצר ובסעיף 12 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז.

⁸⁶ אבחנה נוספת מעניין **דרין** לענייננו, נוגעת לנימוק המובא בסעיף 22 לעניין **דרין**, שתביעה אישית של בעלי המניות עלולה לשמש אמצעי להעדרה לא הוגנת של בעלי המניות על החברה ועל נושי החברה הנהנים ככלל מקדימות בחלוקת דיורדנד. בהמשך לכך, נקבע בפסיקה (עניין **גדיש**, סעיף 39; עניין **זאבי**, סעיף 27), שיהיה מקום לתת משקל לנסיבות בהן נימוק זה אינו רלבנטי, במסגרת הבחינה האם לאפשר לבעלי מניות להגיש תביעה ישירה נגד הצדדים השלישיים שהזיקו לחברה. **מובן שבענייננו נימוק זה אינו רלבנטי כלל**, שהרי מדובר בכספים ונכסים שהגופים המוסדיים מחזיקים ומנהלים לטובתם של החוסכים ועבורם, והחוסכים אף זכאים לתשואתם. על כן, תביעה של חוסכים בגופים מוסדיים, בגין נזק שגרמו צדדים להסדר כובל, לגובה התשואה שאותה יקבלו, לא פוגעת באופן כלשהו בסדר הנשייה, ואף מטעם זה יש לאפשר את תביעתם.

4. הערות נוספות

81. אין באפשרות התיאורטית של החוסכים להגיש תביעה נגד הגופים המוסדיים בטענה להפרת חובת הנאמנות באי הגשת תביעה על ידם או על בסיס כל עילה אחרת (ראו בסעיף 60 להחלטה קמא), כדי לשלול את זכות התביעה של החוסכים כלפי חברות הקרטל.

ראשית, האפשרות להגשת תביעה נגד הגופים המוסדיים אינה מאיינת את עילת התביעה הישירה של החוסכים כלפי חברות הקרטל.

שנית, תביעה נגד הגופים המוסדיים בטענה להפרת חובת הנאמנות באי הגשת תביעה אינה פשוטה ואינה שקולה להכרה בעילת התביעה הישירה של החוסכים כלפי חברות הקרטל. למעשה, למיטב הידיעה, לא אותר ולו מקרה אחד בארץ שתביעה כזו (אישית או ייצוגית) התקבלה. בתביעה כזו לא די להראות שעומדת לניזוקים עילת תביעה טובה, אלא נדרש גם להראות שהחלטת הגופים המוסדיים שלא להגיש תביעה הייתה החלטה לא סבירה המנוגדת לחובת הנאמנות המוטלת עליהם, על כל המשתמע מכך. למשל, ייתכן שאף אם קיימת עילת תביעה לכאורית, עדיין החלטה של גוף מוסדי, בנסיבות מקרה מסוים, שלא להגיש תביעה נגד צדדים שלישיים תהיה החלטה סבירה ולגיטימית ככל שהוא סבור באופן מקצועי, שבנסיבות המקרה, עדיף להשקיע את העלויות הכרוכות בניהול הליך משפטי באפיקי השקעה אחרים שצפויים להניב לחוסכים רווח גדול יותר מתוחלת הרווח של התביעה.⁸⁷ לעומת זאת, בהגשת תביעה ישירה של החוסכים נגד חברות הקרטל די להם בהוכחת עילת התביעה לגופה ואין הם נדרשים לעסוק בשאלה האם החלטת הגוף המוסדי שלא להגיש תביעה הייתה סבירה או לא.

82. על כן, לאור האמור, לא קיימת אבחנה מהותית בין תביעת חוסכים בגופים מוסדיים, למקרים הקודמים שנדונו בפסיקה ביחס לשאלת ההכרה בעילת הניזוק העקיף ביחס לעוולת הסדר כובל בגדרי חוק התחרות, והדברים שפורטו לעיל בסוגיה העקרונית האמורה, יפים גם לענייננו: **יש להכיר בעילת התביעה של החוסכים ולאפשר להם לתבוע את חברות הקרטל**, ככל שעוולת החברות גרמה נזק לשווייה של זכותם האישית לתשואת ההשקעה בגופים המוסדיים, וככל שמתקיים קשר סיבתי בעניין. עילה זו מעוגנת בדין כמפורט לעיל, ולא נמצאה הוראת דין כלשהי ששוללת את העילה. חובת הנאמנות של הגופים המוסדיים כלפי החוסכים שנועדה לשרת את טובתם, בוודאי לא יכולה להוות בסיס לשלילת עילת תביעתם הנסבה על הפגיעה בזכות אישית שלהם, המעוגנת בדין.

83. כמו כן, וככל שבית המשפט סבור במקרה הנתון, שקיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה, וככל שהבקשה תעמוד בכלל התנאים לאישור הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות (וראו להלן ביחס לדרישת היעילות וההוגנות), **אין מניעה מהגשת בקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית בשם קבוצת החוסכים**.
84. יש להדגיש, שהדברים **אינם גורעים** מחובות הנאמנות של הגופים המוסדיים כלפי החוסכים, ובכלל זה בחובת הגופים המוסדיים להגיש תביעה נגד צדדים שלישיים במקרים המתאימים שבהם טובת החוסכים דורשת זאת (ובלי להביע כל עמדה האם הדבר נדרש במקרה דנן). הדברים גם אינם גורעים מזכותם של החוסכים לתבוע גופים מוסדיים במקרים שהללו הפרו את חובת הנאמנות שלהם.

85. בכל הכבוד, אין לקבל את קביעת בית משפט קמא הנכבד לפיה, הכרה בעילת החוסכים, "**חותרת תחת ההפרדה המובנית... בה אין זיקה בין העמית לבין נכסי החברה המנהלת**" (סעיף 54 להחלטה). הכרה באפשרותם של החוסכים לתבוע את חברות הקרטל אינה גורעת מהעקרונות שפורטו לעיל על ההפרדה בין זכות החוסכים לתשואת הכספים שהשקיעו באמצעות הגופים המוסדיים, לבין הזכויות בכספים ובנכסים עצמם שנתונה לגופים המוסדיים. כפי שפורט לעיל,⁸⁸ אף זכויות שונות הנובעות מבעלות זו (כגון זכויות הצבעה ועיון העומדות למחזיקים בניירות ערך) נתונה לגופים המוסדיים בלבד ולא לחוסכים.

כאמור, עילת התביעה של החוסכים אינה נסבה על הנזק שנגרם לנכסים המנוהלים על ידי הגופים המוסדיים, אלא על הנזק שנגרם לזכותם האישית – בתשואה הכספית הנמוכה יותר שיקבלו לכיסם, בשל עוולת חברות

⁸⁷ ויצוין, שהוצאות ניהול תביעה שמוגשת על ידי גופים מוסדיים נגד צדדים שלישיים, מושתת על ידי הגופים המוסדיים על קופת הנכסים המנוהלים על ידם עבור החוסכים (וזאת בהתאם לדין), כך שלמעשה החוסכים הם שנושאים בעלות התביעה.

⁸⁸ ראו לעיל, סעיף 64 לעמדה זו.

הקרטל.

86. יש להבהיר, שכפי שהוטעם לעיל,⁸⁹ אין לחייב חברות קרטל בכפל פיצוי. כך נכון גם בתביעות של חוסכים בגופים מוסדיים. על כן, הגם שעילת התביעה עומדת הן לגופים המוסדיים והן לחוסכים עצמם, חברות הקרטל לא יחויבו בכפל. כלומר, אם הן יחויבו לפצות את הגופים המוסדיים (ופיצוי זה יצטרף לנכסי הגופים המוסדיים שמהם נגזרת תשואת החוסכים וממילא בכך יוטב גם הנזק לתשואת החוסכים) הן לא יחויבו בפיצוי החוסכים בנפרד, ואם הן יחויבו בפיצוי החוסכים על הפגיעה בתשואה שקיבלו, הן לא יחויבו בפיצוי הגופים המוסדיים בגין אותו נזק (ועם זאת, חברות הקרטל עשויות להיות מחויבות בנפרד בפיצוי הגופים המוסדיים על אובדן דמי ניהול, שהוא, כמובן, נזק שהחוסכים אינם יכולים לתבוע, שהרי אינו הנזק שלהם). להלן תידון השאלה לאיזו תביעה יש לתת עדיפות.

5. התייחסות לקביעות בית משפט קמא בסוגיית "שמירת הצורה המקורית" של המוצר

87. נימוק נוסף להחלטת בית משפט קמא לסלק על הסף את בקשת האישור נעוץ בקביעתו הבאה: "לא ניתן לראות במכשירים הפיננסיים מבוססי הליבור מושא החלטה זו "מוצר ששמר על צורתו המקורית כפי שנמכר על ידי חברת הייצור" לצורך החלת דוקטרינת הצרכן העקיף... בענייננו אין מדובר "באותו שירות" ולהפך ההפרדה היא מוחלטת וברורה... מאליו ברור שאין מדובר באותו 'מוצר' שלא שינה צורתו' שהרי יש לנכות מהתשואות בגין מוצרים אלה את דמי הניהול של הגופים הפיננסיים, את הוצאותיהם וגם בהינתן העובדה שגופים אלה רכשו מכשירים פיננסיים נוספים שאינם מבוססי ליבור המשפיעים על הכספים המגיעים לחברי קבוצת הניזוקים העקיפים".

88. העמדה לעיל מתייחסת למבחן זה באופן כללי. להלן תתייחס העמדה למבחן זה בהקשר של תביעת חוסכים נגד חברות קרטל.

89. ראשית, כמפורט לעיל בהרחבה (בסעיפים 51-56 לעמדה זו), אין לאמץ מבחן זה (אודות שמירת הצורה המקורית) כמבחן קטגורי או מרכזי (וגם אם ניתן להיעזר בו כאחד השיקולים הרלבנטיים בין מכלול השיקולים). ככל שמתקיים קשר סיבתי בין הפרת הוראות חוק התחרות על ידי חברות הקרטל, לבין הנזק שנגרם לחוסכים, וככל שמדובר בסוג נזק שחוק התחרות כיוון לתת סעד בעניינו, לא יהיה ראוי לשלול את עילת תביעתם של החוסכים רק מטעם פורמלי שחל שינוי בצורת המוצר, והדבר אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק התחרות ותכליותיו.

90. שנית, ככל שיוכח שההסדר הכובל האסור שערכו המשיבות גרם נזק לחוסכים, באופן המקיים את דרישות הקשר הסיבתי, נראה, שמדובר בסוג נזק שחוק התחרות אכן כיוון לתת סעד בעניינו. חוק התחרות לא כיוון לתת סעד רק למי שהיה בקשר חוזי עם המעוולים או שרכש מהם זכויות קנייניות. החוק כיוון לתת סעד לגורמים שנפגעו בפועל מהעוולה. כאשר נזק כתוצאה מההסדר הכובל לנכסים המנוהלים בידי גופים מוסדיים לטובת החוסכים, הנזק מוסב בעיקר לחוסכים. על כן, הכרה בעילת תביעתם מתיישבת היטב עם תכליות חוק התחרות, ואין בכך שאין לחוסכים זכויות ישירות בנכסים המנוהלים, או בסיווג פורמלי של זכותם לתשואת הכספים שהשקיעו כ"שינוי מהצורה המקורית", כדי לשנות. ברור, שיש להעדיף את ההיבט המהותי של יישום תכליות החוק, על פני היצמדות דווקנית למבחן פורמלי של שמירת הצורה המקורית, שאין לו עוגן בהוראות החוק.

91. שלישית, יש מקום רב לסיווג הנזק שנגרם (ככל שנגרם) לחוסכים, כשמירת צורתו המקורית של המוצר. הגופים המוסדיים מנהלים את הכספים והנכסים לטובתם של החוסכים ובמטרה להשיא את שווים ככל הניתן. החוסכים זכאים לקבל את התשואה בהתאם לתוצאה הכלכלית של ההשקעות שבהם הכספים הושקעו על ידי הגופים המוסדיים עבורם. על כן, ניתן לראות קשר ישיר בין פגיעה בנכסים המנוהלים על ידי הגופים המוסדיים, לבין הפגיעה בתשואה הכספית שיקבלו החוסכים, באופן שמצדיק להגדיר את מצב הדברים כמוצר שלא שינה מצורתו.

⁸⁹ ראו לעיל, סעיף 49 לעמדה זו.

92. זאת ועוד: העובדה שמהכספים המנוהלים על ידי הגופים המוסדיים מנוכים דמי ניהול על ידם (טרם העברת התשואה לחוסכים), והעובדה, שתשואת ההשקעה הושפעה גם ממכשירים פיננסיים שאינם מבוססי ליבור כפי שציין בית משפט קמא, **אינן מצדיקות** (כפי שסבר בית משפט קמא נכבד) לשלול את עילת החוסכים בנוגע לאותו נזק שנגרם לתשואה שקיבלו לכיסם בשל עוולת חברות הקרטל, או כדי לסווגו כמוצר ששינה את צורתו (והדברים אמורים **מבלי לגרוע** מהעמדה לפיה, **אין לאמץ** את מבחן שמירת הצורה המקורית, כמבחן מרכזי בסוגיה).

ו. **תנאי היעילות וההוגנות – ככלל, יש לתת עדיפות לתביעות של הגופים המוסדיים**

93. לצידה של העמדה לפיה יש להכיר בעילת התביעה האישית והישירה של החוסכים כלפי חברות הקרטל (בכפוף להוכחת נזק וקשר סיבתי), כאשר מדובר בבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית, כמובן, על הבקשה לעמוד בתנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות (להלן, בפרק זה: **"החוק"**).

94. התנאים המרכזיים בעניין קבועים בסעיפים 8(א)(1) ו-8(א)(2) לחוק:

"8(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין."

95. בעניין תנאי (1), ובמיוחד בשאלת האפשרות הסבירה שהתובענה לגופה תוכרע לטובת הקבוצה בענייננו, כאמור לעיל, היועצת המשפטית לממשלה לא תקבע מסמרות (מלבד עמדתה העקרונית לפיה, יש להכיר בעילת החוסכים כלפי המשיבות, וזאת ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שהפרת הדין על ידי המשיבות, הקשר הסיבתי בין ההפרה הנטענת לנזקם של החוסכים, והנזק של החוסכים הוכחו ברף הנדרש).

96. פרק זה, יתמקד בתנאי (2) – תנאי היעילות וההוגנות.

97. בגדר תנאי זה, על בית המשפט לבחון האם ההליך הייצוגי הוא **"הדרך היעילה וההוגנת"** לדון ולהכריע במחלוקת, או שמא קיימים אפיקים דיוניים אחרים, מתאימים יותר.

כך, למשל, כאשר קיימת שונות משמעותית בין חברי הקבוצה הנוגעת לשאלת עצם קיום העילה (ולא רק למישור הנזק), עשויה להתגבש מסקנה שהאפיק הדיוני המתאים יותר יהיה בהגשת תביעות אישיות חלף התובענה הייצוגית (וכמובן בכפוף לנסיבות המקרה ולשאלה האם ניתן למצוא דרכים יעילות להתגבר על בעיית השונות במסגרת ההליך הייצוגי).⁹⁰ דוגמא נוספת נוגעת למקרים שבהם עיקרה של המחלוקת היא מחלוקת **"מנהלית"** ולא **"אזרחית-כספית"**, ועל כן התובענה הייצוגית אינה הדרך ההולמת לדון בסכסוך.⁹¹

באופן כללי, נקבע (בעניין **מסאלחה**, בסעיף 8 לפסק הדין): **"בבואו ליישם את סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות ולבחון את מידת התאמתו של ההליך הייצוגי לבירור הסוגיה שעל הפרק, שומה על בית המשפט לשקול, בין היתר את היתרונות והחסרונות שלגומים בניהול התובענה כייצוגית. זאת, אל מול אפשרויות משפטיות חלופיות ותוך התייחסות לשיקולי מדיניות"**.

עוד ראו בעניין **זליגמן**⁹² (בסעיף 158 לפסק דינו של כב' השופט מלצר), שבגדרי תנאי היעילות וההוגנות ניתן לבחון גם את מידת התועלת והחשיבות החברתית בתובענה; את השאלה האם ההפרה הנטענת היא מכוונת או שנעשתה ברשלנות; האם ההפרה פוגעת באינטרס הציבורי; ועוד.

98. עוד יצוין, כי אף במנותק מגדרי תנאי היעילות וההוגנות, בית המשפט מוסמך לבחון את התאמת המקרה לבירור

⁹⁰ ראו: ע"א 6887/03 **רזניק נ' ניר שיתופי** (נבו 20.7.2010), בסעיף 27 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; ע"א 8945/21 **אהד נ' רשות מקרקעי ישראל** (נבו 22.3.2023).

⁹¹ ראו: ע"א 4291/17 **אלפריה נ' עיריית חיפה** (נבו 6.3.2019), בסעיף 29 לפסק דינו של כב' השופט מזוז; ע"א 6007/21 **מסאלחה נ' עיריית עפולה** (נבו 26.12.2021), סעיפים 8-9 (להלן: **"עניין מסאלחה"**).

⁹² דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (נבו 4.7.2021) (להלן: **"עניין זליגמן"**). עוד ראו שם בסעיף 157 לפסק דינו של כב' השופט מלצר (לגבי שאלת ה-**"הוגנות"** במובחן משאלת ה-**"יעילות"**), שמציין שיהיה מקום לדחות בקשות אישור מחמת תנאי ה-**"הוגנות"**, כאשר תביעה הוגשה כדי להפעיל לחץ על נתבע **"כאמצעי להשיג מטרות אשר זרות לתובענה הייצוגית ולתכליותיה"**; כאשר יהיה מדובר בתובענה קנטרנית, או בתביעת סרק.

בהליך של תובענה המנוהלת כייצוגית. זאת, אף כאשר כלל התנאים הנקובים בסעיף 8 לאישור ניהול תובענה כייצוגית מתקיימים. תובנה זו עולה מלשון סעיף 8 לחוק הקובע, שבהתקיים התנאים הנקובים שם, בית המשפט **"רשאי"** (אך לא חייב) לאשר תובענה כייצוגית. אף בית המשפט הנכבד עמד על עיקרון זה, במספר פסקי דין.⁹³

99. **ולענייננו**. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, ככלל, **יש לבכר הגשת תביעות (אישיות או ייצוגיות) על ידי גופים**

מוסדיים נגד חברות קרטל שערכו הסדר כובל שגרם נזק לנכסי הגופים הללו (וכתוצאה מכך גרם נזק גם לתשואות הכספים שיקבלו החוסכים), על פני הגשת תביעות ייצוגיות בשם של החוסכים. זאת, על בסיס דרישת היעילות וההוגנות, וכן בהתאם לשיקול הדעת הכללי המוקנה לבית המשפט באישור תובענות כייצוגיות.

100. קיימים **יתרונות ממשיים** בהגשת תביעות כאמור על ידי הגופים המוסדיים. זאת, בשים לב למומחיות המקצועית של הגופים המוסדיים בעניין; לאור היכולת והמשאבים שברשותם לנהל תביעה מעין זו; בהינתן שהנתונים הרלבנטיים (ובכללם, אופן ופרטי ההתקשרות עם חברות הקרטל, זהות החוסכים שנפגעו והיקף הנזק) נמצאים בידם, שהרי הם שמנהלים את הכספים והנכסים וניהלו אף את העסקאות שהנזק הנוטף הוא תוצאתם; בהינתן, שייתכן ועשוי להידרש שיתוף פעולה של הגופים המוסדיים לשם מתן סעד בפועל לחוסכים ואף לשם בירורה המושכל והענייני של בקשת האישור לניהול התובענה כייצוגית; ואף בהינתן, שלדיון בתביעה (אף אם תוגש על ידי החוסכים) עשויות להיות השלכות על הגופים המוסדיים המנהלים את הכספים והנכסים עבור החוסכים, לרבות חוסכים שאינם חברי הקבוצה המיוצגת.

101. עוד ניתן לתת משקל בהקשר זה, לעקרונות שפורטו לעיל, לפיהם, החוסכים מסרו את כספם בידי הגופים המוסדיים, תוך מתן סמכות (ואף חובה) לגופים אלה להשקיע את הכספים לטובת החוסכים, באפיקים שהגופים המוסדיים לפי שיקול דעתם המקצועי סבורים שיתרמו באופן מיטבי להשאת הרווחים שיקבלו החוסכים. כפועל יוצא מכך, הכספים והנכסים נתונים לבעלות בלעדית של הגופים ואף נתונה להם זכות תביעה על פגיעה בנכסים (ואף חובה בהגשת תביעה במקרים המתאימים), כאשר במידה והתביעה תתקבל, ממילא, סך הנכסים המוחזקים ומנוהלים על ידי הגופים המוסדיים (לטובת החוסכים) יגדל והחוסכים יקבלו בכך שיפוי על נזקם. גם לאור כך, יש יתרון בניהול התביעה על ידי הגופים המוסדיים.

102. על כן, במקרים שבהם גופים מוסדיים הגישו תביעות (אישיות או ייצוגיות)⁹⁴ נגד חברות קרטל שגרמו נזק לכספים ולנכסים שמנהלים הגופים לטובת החוסכים, ככלל, **יש לתת עדיפות ובכורה לתביעות אלו, על פני תביעות שתוגשנה בשם של החוסכים**, ובמצב דברים זה (בכפוף למכלול הנסיבות הפרטניות), ככלל, הליך תובענה ייצוגית שיוגש בשם החוסכים **לא יהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בסכסוך**.

103. זאת ועוד: במקרים המתאימים, יהיה מקום לדרוש מבא כח מייצג שמבקש להגיש תובענה שתנוהל כייצוגית נגד חברות קרטל בשם של החוסכים, לערוך פניה מוקדמת לגופים המוסדיים טרם הגשת תובענה כאמור. אפשר שיש מקום לעריכת היקש בעניין זה מפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין **מפעלי השמירה**⁹⁵. פסק הדין האמור דן בהוראות פרט 10(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, בו נקבע שלא ניתן להגיש תובענה שתנוהל כייצוגית בשם עובדים נגד מעסיק, כאשר מדובר ב"תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי...". בפסק הדין נקבע, שיש לאמץ פרשנות תכליתית לפרט 10(3) תוך שנקבע: "כאשר ארגון העובדים אינו ארגון מתפקד קרי אינו ארגון הפועל הלכה למעשה לאכיפת זכויותיהם של העובדים, סעיף 10(3) לא יהווה מחסום לאישורה של בקשה לתובענה ייצוגית" (סעיף 76 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז). עוד נקבע, שטרם הגשת תובענה שתנוהל כייצוגית **מוטל**

⁹³ ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פרינר** פ"ד סז(1) 410, בסעיף 76 לפסק הדין של כב' השופט מלצר (4.9.2014); עניין **מסאלחה**, סעיפים 8-9 לפסק הדין; עניין **זליגמן**, סעיף 160 לפסק הדין של כב' השופט מלצר; רע"א 2298/19 **פינצ'בסקי נ' הנסיך** (נבו 4.8.2021), בסעיף 27 לפסק הדין. ⁹⁴ יצוין, כי במחקר שערכה הרשות לניירות ערך (אכיפה פרטית בדיני ניירות ערך בראי עשור למחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב, לירון כהן דניאלי, בר כהן, רועי קנריק, מאי 2022), נמצא כי בין השנים 2011 ל-2020 הגופים המוסדיים בישראל הגישו 6 תביעות קבוצתיות (ייצוגיות או נגזרות) בלבד (מתוך כ-465 הליכי אכיפה קבוצתיים שהוגשו לבתי המשפט בתקופה זו). ראו: עמודים 8-9 למחקר.

⁹⁵ בג"צ 1893/11 **הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה** (נבו 30.8.2015) (להלן: "עניין מפעלי השמירה").

על התובע המייצג לפנות בפנייה מקדימה לארגון העובדים⁹⁶, וכן נקבע, שאם ארגון העובדים ינקוט בפעולות ראויות לאחר הגשת בקשת האישור ויביא למימוש זכויותיהם של העובדים, הרי שיתכן שבקשת האישור תידחה מהטעם שאישור תובענה ייצוגית לא יהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.⁹⁷ אמנם, המקרה שלפנינו שונה, היות והגשת תובענה ייצוגית על ידי חוסכים או על ידי גופים מוסדיים אינה מוסדרת באופן ספציפי בחוק ויש לבחון את הדברים, בהתאם לנסיבות המקרה הפרטני, ועל בסיס העיקרון הכללי שנקבע בסעיף 8 לחוק בדבר "הדרך היעילה וההוגנת". עם זאת, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שדרך המלך תהיה לתת עדיפות לתביעות של הגופים המוסדיים מהטעמים שפורטו לעיל, ואפשר שאף יהיה מקום במקרים המתאימים לעריכת פנייה מוקדמת לגופים המוסדיים טרם הגשת תובענה ייצוגית על ידי החוסכים,⁹⁸ בדומה לפסיקה בעניין מפעלי השמירה.

104. מכל מקום, ככל שגופים מוסדיים בוחרים שלא להגיש תביעה נגד חברות הקרטל⁹⁹ (או במקרים שבנסיבותיהם הפרטניות השתכנע בית המשפט, שבירור תביעת החוסכים יהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת), אין לשלול את זכותם של החוסכים להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד חברות הקרטל, בגין הנזק האישי שנגרם לתשואה שאותה יקבלו (בכפוף להוכחת הקשר הסיבתי והנזק). זאת, בהינתן שקיימת להם עילת תביעה עצמאית; בהינתן שבמצב הדברים האמור, תוצאתה של שלילת האפשרות מהחוסכים להגיש תביעה תהיה הותרת פירות העוולה בידי חברות הקרטל תוך פגיעה הן בתכלית מתן הסעד לנפגעים מהפרת הדין, הן בתכלית ההרתעה מפני ההפרה, המהוות תכליות יסודיות של חוק התחרות, דיני הנזיקין וחוק תובענות ייצוגיות (ראו בסעיף 1 לחוק).¹⁰⁰ במצב דברים כאמור, ההליך הייצוגי אף עולה כדרך היעילה וההוגנת להכרעה בסכסוך, שהרי כמפורט לעיל, בגדרי תנאי היעילות וההוגנות יש לשקול, בין היתר, את האינטרס הציבורי בניהול ההליך, את החשיבות החברתית בתובענה ואת חומרת ההפרה. כאשר מדובר בעריכת הסדר כובל (העולה גם משום עבירה פלילית), קיים אינטרס ציבורי ממשי במתן אפשרות להגשת תובענות ייצוגיות ראויות, המרתיעות מפני הפרת הדין ונותנות סעד לנפגעים.

105. אין לכחד. תובענה ייצוגית כאמור עומדת לפני משוכות לא מבוטלות. מלבד הקושי הכללי להוכיח את עצם עריכת ההסדר הכובל שנעשה מטבעו במחשכים, בתובענה המנוהלת כייצוגית בשם חוסכים בגופים מוסדיים קיימים קשיים אינהרנטיים נוספים הנובעים מכך, שנתונים רלבנטיים לשם בירורה של בקשת האישור עשויים להיות מצויים בידי הגופים המוסדיים.¹⁰¹ לאור האמור, ייתכנו מקרים, שבהיעדר ראיות מספקות בידי החוסכים שיבקשו לשמש כתובעים מייצגים, בקשות אישור יידחו, בהיעדר ביסוס מספיק לאפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה (כדרישת סעיף 8(א)(1) לחוק).

106. אולם, אין בדברים אלה כדי לשלול הגשת בקשת אישור בשם החוסכים, ככל שהבקשה תעמוד בתנאים הקבועים בחוק ובכלל זה תבסס אפשרות סבירה להכרעת התובענה לטובת הקבוצה. במקרה כזה, אין מניעה מאישור התובענה כייצוגית בשם החוסכים והדבר עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי ועם תכליות חוק תובענות

⁹⁶ סעיפים 84-87 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז; סעיפים 7-8 לפסק דינו של כב' השופט מלצר; סעיף 3 לפסק דינו של כב' השופט זילברטל. שופטי ההרכב נחלקו שם בשאלה האם מספיקה התראה שדורשת את תיקון ההפרה בלבד, או שההתראה נדרשת גם לציין את הכוונה להגיש בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית.

⁹⁷ ראו בסעיף 95 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז. עוד הובהר שם (בסעיף 98 לפסק הדין), שהדברים אינם גורעים מהאפשרות לפסוק שכר טרחה וגמול לתובע המייצג ובא כוחו שהניעו את ארגון העובדים לפעול.

⁹⁸ או להראות בדרך אחרת, שאין בכוונת הגופים המוסדיים להגיש תביעה בעצמם נגד חברות הקרטל.
⁹⁹ מכתבי טענות הצדדים וההחלטה קמא עולה שבענייננו, נערכה פניה לגופים המוסדיים והללו בחרו שלא להגיש תביעה משלהם, וכן עולה שהתביעה הוגשה בסמוך למועד ההתיישנות (ובלי להביע עמדה במחלוקת הצדדים ביחס לסוגיית ההתיישנות גופה).

¹⁰⁰ אף בעניין זה ניתן להקיש מפסק הדין בעניין מפעלי השמירה, שהכיר בזכות העובדים להגיש תובענה ייצוגית כאשר ארגון העובדים אינו פועל לשמירת זכויות העובדים, חרף הוראת החוק השוללת תובענה ייצוגית במקום שקיים הסכם קיבוצי, וקל וחומר בענייננו, כשהוראות החוק אינן מתייחסות במישרין לסוגיה.

¹⁰¹ מובן, שאין זה המקום לקבוע מסמרות באילו מקרים תהיה הצדקה להורות לגופים המוסדיים להעביר מידע בעניין לחוסכים שיבקשו להגיש תובענה ייצוגית נגד צדדים להסדר כובל שלפי הטענה פגע בחוסכים. נדרש יהיה, בין היתר, לבחון בכל מקרה קונקרטי את ההכבדה על הגופים המוסדיים לרבות העלויות הכרוכות בכך ובמצב דברים שהגוף המוסדי מצא שאין הצדקה מבחינתו להגשת תביעה והוא אינו צד להליך המשפטי. מצד שני, יידרש לבחון את חוזקה של עילת התביעה הנטענת במקרה נתון ואת חשיבות הנתונים לדיון המשפטי ולמיצוי זכויות חברי הקבוצה. עוד יידרש לבחון שאלות של פגיעה בפרטיות כמו גם שמירת סודות מסחריים. ראו והשוו: בע"מ 6169/17 פלוני נ' פלוני (נבו 14.9.2017), סעיפים 13-14; רע"א 3816/15 ב.ש. ברוש הקמת פרויקטים בע"מ נ' קאופמן (נבו 23.8.2015), בסעיף 6 לפסק הדין; רע"א 621/13 לירוביץ נ' בנק איגוד לישראל בע"מ (נבו 17.4.2013), בסעיף 6 לפסק הדין.

ייצוגיות. עוד ראוי לציין, כי כפי שנפסק בעניין **אל על מחוזי**, לנוכח הקשיים האינהרנטיים בתובענות המנוהלות כייצוגיות בעניין הסדרים כובלים, ולנוכח החשיבות בתובענות ייצוגיות ראויות בתחום זה המממשות את תכליות החוק ואת האינטרס הציבורי, **אין מקום להצבת נטל ראיתי מחמיר מידי** כלפיהן בתחום זה, ועל בית המשפט שדן בהליך כזה, ליתן דעתו לקשיים אינהרנטיים אלה:

"נטל ההוכחה בשלב בקשת האישור בתובענות מסוג זה איננו צריך להיות גבוה, בשל החשיבות בהגשת תובענות ייצוגיות בתחום התחרות הכלכלית בכלל, וקרטלים בינלאומיים בפרט, מחד גיסא, והקשיים הראייתיים הניצבים בפני התובע הייצוגי בתביעות מסוג זה, מאידך גיסא".¹⁰²

107. סיכומם של דברים: לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, יש לניזוקים העקיפים עילת תביעה מכח חוק התחרות כלפי צדדים להסדר כובל שגרמו להם נזק, ככל שמתקיים קשר סיבתי בין עוולת חברות הקרטל לנזק שנגרם לניזוקים העקיפים, ככל שמדובר בסוג נזק וסוג ניזוקים שחוק התחרות ביקש לתת סעד בגינו, וככל שבחינת מכלול נסיבות המקרה הפרטני אינה מגלה טעם שלא להכיר בעילה. כך בכלל, וכך יש להכיר גם בעילת חוסכים בגופים מוסדיים כלפי צדדים להסדר כובל, שגרמו נזק לכספים ולנכסים המנוהלים על ידי אותם גופים לטובת החוסכים, שיפגע בסופו של יום בתשואה שיקבלו החוסכים לכיסם. לצד זאת, כאשר הגופים המוסדיים עצמם מגישים תביעה נגד הצדדים להסדר הכובל, ככלל, יש לתת עדיפות לתביעה זו, על פני תביעה ייצוגית שתוגש נגד חברות הקרטל בשמם של החוסכים. אולם, כאשר הגופים המוסדיים בחרו שלא להגיש תביעה משלהם, יש לאפשר הגשת תובענה ייצוגית בשמם של החוסכים, כמובן, בכפוף לעמידה בתנאי חוק תובענות ייצוגיות.

108. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לאמץ את עמדת היועצת המשפטית לממשלה כפי שפורטה.

אקספרט

יואב שחם, ע"ד
המחלקה האזרחית
פרקליטות המדינה

היום: ג' אייר ה'תשפ"ג; 24.4.2023

¹⁰² פסק דין **אל על מחוזי**, סעיף 43. ראו שם גם בסעיפים 44-47. להרחבה בעניין זה ולביסוס הדברים על עקרונות שהתקבלו בפסיקת בית המשפט העליון, ראו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז) שהוגשה לבית משפט זה בעניין **אל על** עליון, בסעיפים 44-64 לעמדה.