

מעקב פסיקה

ת"צ (מחוזי מרכז) 10538-02-13 עמותת הצלחה לקידום חברה הוגנת נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 19.01.2020)¹ ערכאה: בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, מפי השופט גרוסקופף.

בית המשפט המחוזי, מפי השופט גרוסקופף, קיבל בקשה לאישור תובענה כייצוגית שהגישה עמותת הצלחה כנגד ארבע חברות תעופה: אל-על, בריטיש אירוויז, לופטהנזה וסוויס, בטענה שהיו חלק מקרטל עולמי-גלובלי שפעל בין השנים 2006-2000. נטען כי במסגרת הקרטל תיאמו המשיבות באופן גלובלי מחירים של מספר רכיבים בתעריף שינוע מטענים בהטסה, בעיקר רכיבי דלק וביטחון, סיכמו כי ימנעו ממתן הנחות והחליפו מידע על רווחים ומחירים. נטען כי התנהגות זו מהווה הפרה של סעיפים 2(ב)(1), 4-6 לחוק התחרות הכלכלית, ולכן מקימה עילת תביעה נזיקית לפי ס' 50(א) לחוק התחרות הכלכלית.² בקשת האישור הוגשה לפי פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות³ שמאפשר הגשת תובענות בגין הפרה של חוק התחרות הכלכלית. הבקשה אושרה בכפוף לקביעה כי הקבוצה נחלקת לשניים: הנפגעים הישירים – לקוחות המשיבות, בישראל ומחוצה לה, ששילחו מטענים לישראל או מישראל בין השנים 2006-2000, וכן הנפגעים העקיפים – כל הלקוחות של הנפגעים הישירים, שרכשו מהם שירותי שילוח מטענים לישראל או מישראל בין השנים 2006-2000.⁴ הסעד הנתבע הוא פיצוי בגין הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, המהווה את הפער בין המחיר הקרטליסטי שנגבה בפועל לאור התיאום שבוצע במסגרת הקרטל, לרבות תיאום תוספות הדלק והביטחון, לבין המחיר שהיה נגבה אילו תנאי השוק היו תחרותיים, אלמלא התיאום בין המשיבות. הקרטל נחשף באמצעות פנייה של לופטהנזה למשרד המשפטים של ארה"ב על מנת לקבל חסינות לפי דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב. החשיפה הביאה לניהול הליכים פליליים ואזרחיים ברחבי העולם. חלק מההליכים הפליליים הסתיימו בהרשעות ותשלום קנסות במסגרת עסקאות טיעון, ומספר תובענות ייצוגיות הסתיימו בהסכמי פשרה, שכללו תשלום סכומים משמעותיים.

כאמור, הגשת התובענה אושרה גם ביחס לנפגעים הישירים, וגם ביחס לנפגעים העקיפים. במסגרת ההליך הוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה יש מקום להכיר בעילת תביעה של הצרכן העקיף. השופט גרוסקופף קבע כי אמנם הסוגיה טרם הוכרעה בבית המשפט העליון אך ניכרת מגמה שתומכת באימוץ הענקת זכות תביעה לצרכן עקיף. נקבע כי כל עוד המוצר שומר על צורתו המקורית, אין מניעה לאפשר לצרכן עקיף להגיש תביעה.⁵ השאלה האם יש להכיר בעילת תביעה של צרכן עקיף גם כאשר משנה המוצר את צורתו המקורית, וכן השאלה האם יש להכיר בעילת תביעה ללקוחות מהמעגל השלישי והלאה, לא דרשו הכרעה.

¹ להלן: עניין אל-על.

² חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות הכלכלית).

³ חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).

⁴ לגבי כלל הנפגעים – הישירים והעקיפים – הוחרגו מטענים ששולחו לארצות הברית וממנה, מאחר שפעילות זו נכללה בהסדרי פשרה בארצות הברית. בנוסף, התאריכים המדויקים הם: תחילת הקרטל לכל המאוחר ב-1 בינואר 2000 ועד מועד סיום הקרטל, לכל המוקדם 14 בפברואר 2006.

⁵ החלטות דומות קודמות בסוגיה: ת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 רונן גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, פס' 44-49 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 16.01.2019) (להלן: עניין גפניאל). בעניין זה אושרה בקשה לניהול תובענה כייצוגית בגין הטענה כי המשיבה ניצלה את כוחה המונופוליסטי לרעה בכך שגבתה מחיר מופרז עבור בקבוק 1.5 ליטר של משקה קולה. נקבע כי יש להעניק עילת תביעה לצרכנים עקיפים שרכשו את בקבוקי הקולה מקמעונאים ולא מהחברה המרכזית עצמה; ת"צ (מחוזי מרכז) 41838-09-14 משה ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ, פס' 7 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 29.01.2017) בעניין זה אושר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שעניינה בטענה כי מפעלי ים המלח גבתה מחיר מופרז לאשלג ובכך ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי. נקבע כי אין כל פסול לכלול בחברי הקבוצה צרכנים ישראלים שרכשו אשלג מצרכנים ישירים שרכשו אשלג מחברות בשליטת המשיבה.

בנוסף, הגדרת הקבוצה באופן זה היוותה בסיס לטענת המשיבות כי תובענה ייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת (כנדרש לפי ס' 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות), מאחר שקיים ניגוד עניינים מובנה בין חברי הקבוצה במישור העילה ובמישור הנזק – אם הנפגעים הישירים אכן נפגעו מהקרטרל, המשמעות היא שלא גלגלו את הנזק ללקוחותיהם, ולכן לאחרונים, שהם הנפגעים העקיפים, לא נגרם נזק. אם הנפגעים הישירים גלגלו את הנזק ללקוחותיהם, מכאן שלא נגרם להם כל נזק, והם חסרי מעמד בתביעה. נקבע כי מקומה של טענה זו איננה בשלב בקשת האישור, אלא בשאלת חלוקת הנזק, ואין בטענה זו כדי להביא לדחיית בקשת האישור.

סוגיה מרכזית שהתעוררה היא השיקולים בפרשנות נטל ההוכחה הנדרש בשלב בקשת האישור. בשלב בקשת האישור הרף הראייתי הנדרש הוא קיומן של ראיות לכאורה המגבשות אפשרות סבירה כי השאלות שבמחלוקת יוכרעו לטובת הקבוצה.⁶ המבקשת ביססה את טענת קיום הקרטרל בעיקר על הודאות של המשיבות בהליכים פליליים, והסכמי פשרה שהמשיבות היו צד להם, בהליכים בחו"ל. נקבע כי על אף שתשתית זו חלקית ולכאורית, יש לפרש את הרף הראייתי הנדרש בצורה מקלה עם המבקשת, ומכאן שתשתית זו עומדת ברף הראייתי. מהדיון שנערך בסוגיה זו ניתן לזקק שלושה שיקולים עיקריים שרלוונטיים בבחינת עמידתה של המבקשת בנטל ההוכחה: פערי המידע בין הצדדים; קשיי ההוכחה בתביעות מסוגה של התביעה הספציפית; ומידת החשיבות שבאכיפת הדין בתביעות מסוג התביעה הספציפית, לרבות באמצעות תובענות ייצוגיות.⁷

באשר לפערי המידע, נקבע כי מלוא המידע הרלוונטי היה מצוי בידי המשיבות, שבחרו שלא להביא ראיות, ועשו כל מאמץ על מנת שלפני ביהמ"ש לא ימצא מידע נוסף ביחס לשאלת קיומו של הקרטרל, מלבד המידע הפומבי עליו התבססה המבקשת. כך, למשל, העדים מטעם המשיבות לא ידעו למסור מידע ממקור ראשון בעניין קיומו של הקרטרל, והמשיבות דחו את הצעתו של השופט גרוסקופף למינוי מומחה מטעם בית המשפט שיבחן נתוני אמת בדבר אופן תמחור תוספות הדלק והביטחון, וככל שלא ימצא מתאם בין רכיבי התוספות שגבו כל אחת מהמשיבות, תדחה בקשת האישור. נקבע כי נטל ההוכחה המוטל על המבקשת צריך להיקבע בשים לב למידע הגלוי העומד לרשותה.⁸

באשר לקשיי ההוכחה, הודגשו הקשיים בניהול תובענה ייצוגית בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית. ניהול התובענה מחייב השקעת משאבים רבים, ובדרך כלל כרוך בהגשת חוות דעת כלכליות מורכבות. מדובר בתביעות מהמורכבות והמאתגרות שבתובענות הייצוגיות. תימוכין מסוים לכך ניתן למצוא בספרות: פרופ' קלמנט ופרופ' וינשל-מרגל מצאו כי בשנים הראשונות להפעלת חוק תובענות ייצוגיות הוגשו מספר זעום של תובענות ייצוגיות בתחום ההגבלים העסקיים,⁹ ומכתיבה עדכנית יותר של פרופ' גילה עולה כי גם בשנים האחרונות, על אף מגמת השיפור שמציין השופט גרוסקופף, מוגשות מעט תביעות בתחום ההגבלים העסקיים.¹⁰ בנוסף, ישנם קשיים בהוכחת קיומו של הסדר כובל בכלל, וקרטרל בינלאומי בפרט: התנהגות קרטליסטית מטבעה מוסתרת על ידי פירמות חזקות ומתוחכמות; בידי התובע הפרטי קיים סט כלים

⁶ על פי ס' 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

⁷ עניין אל-על, לעיל ה"ש 1, בפס' 39.

⁸ שם, בפס' 40-42.

⁹ קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" משפטים מה 709, 727 (2016).

¹⁰ אריאל אזרחי ודיויד גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים 445-444 (2019).

מצומצם להשיג מידע על אודות העוולה הנטענת, בהשוואה למדינה, וככל שלא נוהלו חקירות על ידי רשות התחרות, הסיכוי להגשת תובענה ייצוגית נמוך; ובקרטלים בינלאומיים השתתפותן של חברות זרות מקשה עוד יותר על הגשת התביעה.¹¹

באשר לחשיבות באכיפת הדין בעניין זה, נקבע כי ראוי שנטל ההוכחה בשלב בקשת האישור בתובענות ייצוגיות בתחום התחרות הכלכלית בכלל, וכאשר מדובר בקרטלים בינלאומיים בפרט, יהיה נמוך, בשל החשיבות בהגשת תובענות ייצוגיות בתחומים אלו. ראשית, שילוב דיני התחרות עם כלי התובענה הייצוגית הינו טבעי ורצוי. בתחום זה, האזרח ניצב למול פירמות גדולות וחזקות. כאשר אלו מתקשרות בהסדר כובל, הנזק שכל צרכן נושא ברוב המקרים קטן, ולא מהווה תמריץ להגשת תביעה אישית, בעוד שסך הנזק המצרפי פעמים רבות גדול ומשמעותי. כך, מתעצם הצורך בשימוש במנגנון התובענה הייצוגית לשם השגת הרתעה. שנית, בקרטלים בינלאומיים השתתפותן של חברות זרות שפועלות מחוץ לישראל ולטווח הראייה של רשות התחרות הישראלית, מביאה לעתים להחלשת ההרתעה, ולתת אכיפה. כאשר פירמות שהן חלק מקרטלים בינלאומיים נתבעות רק בחלק מהמדינות, לא מושגת הרתעה מיטבית. לכן, ראוי שכל מדינה שהושפעה מהקרטל תפעל בתחומה.¹²

קשירת שיקולי המדיניות הללו עם נטל ההוכחה הנדרש בשלב בקשת האישור מצאה ביטוי בפסיקה ובספרות. פרופ' קלמנט והשופטת רונן דנים במאמרם ברף ההוכחה שיש לדרוש מהתובע בשלב בקשת האישור.¹³ רף הוכחה זה צריך לאזן בין התועלת ההרתעתית של התובענה הייצוגית לבין השפעותיה המצננות על פעילות רצויה (בעצם, בין הרצון לוודא כי נתבעים חייבים ייחשפו לחבותם על-פי דין, ובין הרצון להגן על נתבעים לא-חייבים מפני הליך משפטי מלא). במאמר נטען כי האיזון יתבצע באמצעות שני כלים: *רף ההוכחה* בבקשת האישור, ו*כמות המידע* שתעמוד בפני בית המשפט. פרמטרים אלו משליכים על *רמת הדיוק* של ההחלטה האם לקבל או לדחות את בקשת האישור.

במאמר נטען כי השילוב המיטבי בין רף ההוכחה וכמות המידע שבית המשפט נחשף אליה ומידת ההעמקה שלו בהליך האישור אינו אחיד בכל סוגי התביעות. על בית המשפט לשקול שיקולים דומים לאלו ששקל השופט גרוסקופף בהחלטתו: החשש מפני צינון התנהגות ראויה בהתאם לסוג הפעילות, הצורך ביצירת הרתעה, האפקטיביות האפשרית של ההרתעה בהתאם לסוג ההפרה, והמידה שבה התביעה מתאפיינת בפערי מידע בין הנתבע לתובע. בהקשר של פערי מידע, נטען במאמר, בדומה לפסק הדין, כי בתובענות ייצוגיות פעמים רבות עיקר המידע הרלוונטי מצוי בידי הנתבע. בנסיבות אלו המידע שמוצג לבית המשפט עשוי להיות מוטה לטובת הנתבע. נטען כי במקרים כאלו בית המשפט יכול, כפי שעשה השופט גרוסקופף, להנמיך את רף ההוכחה שנדרש מהתובע.¹⁴ למשל, נטען כי בתובענות ייצוגיות בדיני עבודה רף ההוכחה צריך להיות נמוך יחסית, וזאת לאור פערי מידע אופייניים בין העובד למעסיק, ומחסור בתמריצים לעובדים לתבוע.¹⁵

¹¹ עניין **אל-על**, לעיל ה"ש 1, בפסי' 43-47.

¹² שם.

¹³ [אלון קלמנט ורות רונן "בחנינת עלית התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" עיוני משפט מב \(2019\).](#)

¹⁴ שם, בעמ' 15-34.

¹⁵ שם, בעמ' 39.

גישה זו ביחס לרף ההוכחה בתובענות ייצוגיות שעניינן הפרה של דיני העבודה התקבלה בעניין **פנחסי** ועניין **וישניאק**.¹⁶ בנוסף, בשני פסקי דין שנגעו גם הם לתובענה ייצוגית בתחום הגבלים עסקיים, בעילה של מחיר מופרז,¹⁷ אומצו התובנות ממאמרם של פרופ' קלמנט והשופטת רונן. בעניין **צדוק** נקבע כי הנטל המוטל על המבקש להוכיח קיומה של אפשרות סבירה שהתביעה תתקבל נגזר מהיקף המידע, ויש לבחון בכלל זאת את נתוני האמת שסיפקה המשיבה. נקבע כי ככל שהמשיבה לא סיפקה מידע מטעמה, רף ההוכחה יהיה נמוך, על בסיס נתונים גלויים. ככל שהמשיבה סיפקה מידע בשלב זה, רף ההוכחה יהיה גבוה. באותו עניין, המשיבה לא סיפקה נתוני אמת בדבר מדיניות התמחור ולכן נקבע כי יש לבחון את בקשת האישור על פי רף הוכחה מקל.¹⁸ בעניין **גפניאל** נקבע כי מתן אפשרות למשיבה לקבוע את הנתונים בנוגע לעלויותיה באופן כזה שתוכל לבחור אילו נתונים לחשוף ואילו להסביר יחמיר את אי הסימטריה במידע בין המבקש למשיבה, ויקשה על גילוי האמת בנוגע למדיניות המשיבה. לכן, נפסק כי אם המשיבה בוחרת לחשוף נתוני אמת, יש לחייבה בגילוי של מכלול הנתונים הרלוונטיים, באופן סביר. באותו עניין, המשיבה נמנעה מהבאת נתוני אמת, ולפיכך נקבע כי נטל ההוכחה בשלב בקשת האישור יהיה נמוך.¹⁹

¹⁶ ת"צ (אזורי ת"א) 51043-12-16 **יונתן פנחסי - תים נטקום בע"מ**, פס' 7 לפסק דינו של השופט ספיבק (פורסם בנבו, 07.12.2019). בעניין זה נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה הימנעות מתשלום הפקדות סוציאליות על מלוא השכר של עובדי המשיבה, באמצעות הוספת רכיבים פיקטיביים לתלוש השכר; ת"צ (אזורי ת"א) 5908-06-16 **אנדריי וישניאק - חברת קבוצת השומרים שמירה ובטחון בע"מ**, פס' 84 לפסק דינה של השופטת רובוביץ-ברכש (פורסם בנבו, 04.02.2020). בעניין זה התקבלה בקשה לאישור תובענה כייצוגית בעילה של אי ביצוע הפרשות לפנסיה ופיצויים לעובדים שעבדו במסגרת מכרז בין המשיבה למשרד הביטחון.

¹⁷ לפי ס' 29(א)(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית.

¹⁸ ת"צ (מחוזי מרכז) 36098-05-16 **אלון צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ**, פס' 45-48 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 16.01.2019). בעניין זה נדחתה בקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה בטענה כי המשיבה ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי בכך שגבתה מחיר מופרז ובלתי הוגן עבור אריזות אבקת קקאו.

¹⁹ עניין **גפניאל**, לעיל ה"ש 5, פס' 15-22 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.