

מעקב פסיקה

תא (מרכז) 56731-12-13 שי צוקרמן נ' Siemens AG (פורסם בנוב 26.03.2020) (להלן: "עניין צוקרמן")

ביהמ"ש המחוזי בלוד, מפי סגן הנשיאה יעקב שינמן, אישר הסדר פשרה ע"ס 465 מיליון ₪ בתביעה ייצוגית נגד חברות סימנס, אלסטום, ABB וכן חברת החשמל (להלן: "המשיבות"). התובענה הוגשה מכוח הפריט הרביעי לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "החוק") - תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית.¹ התביעה אוחדה עם תביעה אזרחית של חברת החשמל² (להלן: "התביעה האזרחית") נגד המשיבות, אשר הוגשה בעילה דומה בעניין קיומו של קרטל שניהלו החברות בשנים 1988-2004. נקבע כי סכום הפשרה יועבר לחברת החשמל ולאחר מכן יישקל ע"י רשות החשמל בעת קביעת תעריפי החשמל. באופן זה, סכום הפשרה, על אף שמשולם לחברת החשמל, יפצה באופן עקיף את חברי הקבוצה.

בשנת 2007 פרסמה הנציבות האירופית דו"ח³ לפיו במשך קרוב לעשרים שנה התקיים קרטל עולמי בשוק מסדרי הגז. הקרטל נחשף בארץ כאשר חברת ABB, פנתה לרשות התחרות וחשפה בפניה את פעילות הקרטל בישראל. בעקבות הפנייה נפתחה חקירה, שבסופה פרסם הממונה על התחרות בספטמבר 2013 קביעה לפיה בין המשיבות התנהל הסדר כובל בקשר למכירת מסדרי מתח מבודדי גז לחברת החשמל וזאת בניגוד להוראות סעיף 43 לחוק התחרות.⁴ כשבועיים לאחר פרסום הקביעה, הוגשה בקשת האישור כנגד המשיבות, ביניהן חברת החשמל.⁵ נטען כי בעקבות פעילות הקרטל, חברת החשמל קנתה מסדרי מתח בעלות גבוהה באופן ניכר ביחס לזו שהייתה משולמת בתנאי תחרות חופשית, וגלגלה עלות עודפת זו אל הצרכנים בקביעת תעריפי החשמל. צרכני החשמל הינם צרכנים עקיפים⁶ במקרה זה שכן הצרכנית הישירה של הקרטל היא חברת החשמל ולכן נזקיהם הינם נזקים עקיפים.⁷ המבקשים טענו כי חברת החשמל הייתה מודעת לקיומו של הקרטל ולפעילותו בישראל אך כיוון שגלגלה את הנזק לפתחם של הצרכנים, גילתה אדישות ביחס לפעילות העוולתית של המשיבות. עוד נטען, כי חברת החשמל, בנוסף לנזקי הקרטל, גרמה לקבוצה נזק ישיר, עקב גביית ריבית עודפת בתעריפי החשמל. לבסוף פנו הצדדים לגישור, בסופו הגיעו להסדר הפשרה האמור.

תובענה זו מעלה שתי סוגיות הקשורות זו בזו. האחת, אפקטיביות כלי התובענה הייצוגית ככלי הרתעתי כלפי מפרי דיני התחרות ככלל, וכלפי קרטלים בפרט. השנייה, שאלה שטרם הוכרעה בפסיקה הישראלית ולא נידונה בהרחבה גם בפסק-דין זה בעקבות הסדר הפשרה שהושג, והיא בדבר יכולתם של צרכנים עקיפים לתבוע את נזקיהם, בניגוד לדוקטרינת הצרכן העקיף האמריקאית.⁸

¹ סעיף 4 לתוספת השנייה לחוק: "תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית".

² תא (מרכז) 56731-12-13 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' Siemens AG; ראה גם החלטתו של הנשיא גרוניס בדבר איחוד הליכים: רעא 6874/14 שי צוקרמן נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנוב 26.03.15) (להלן: "איחוד הליכים").

³ Commission Decision of relating to a proceeding under article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement, case COMP/F/38/899- GAS INSULATED SWITCHGEAR (24/01/2007).

⁴ החלטת הממונה 500473, "קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר הסדר כובל בין יצרניות מסדרי מתח מבודדי גז" 16.09.2013 <https://www.gov.il/he/departments/legalInfo/gasinsulatedmanufacturers> (להלן: "קביעת הממונה"); סעיף 43 לחוק התחרות הכלכלית (להלן: "חוק התחרות"); "א" הממונה רשאי לקבוע אם – (1) הסדר או הסדר שצדדים מבקשים להגיע אליו, הינו הסדר כובל; (2) קו פעולה שאיגוד עסקי קבע או המליץ עליו, או מבקש לקבוע או להמליץ עליו, שהינו הסדר כובל; (ה) קביעת הממונה תהא ראויה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי".

⁵ תצ (מרכז) 47768-09-13 צוקרמן ואח' נ' Siemens AG ואח' (פורסם בנוב 06.10.13) (להלן: "בקשת האישור").

⁶ מי שאינו רוכש את המוצר או השירות ישירות מהספק.

⁷ נזק ישיר נגרם ישירות ממעשה עוולה מסוים וזאת לעומת נזק עקיף הכרוך בד"כ באירוע מתערב (ביניים) אשר גורם לנזק. *Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720, 729 (1977)* - ביהמ"ש העליון האמריקאי פסק כי צרכנים עקיפים של מוצרים או שירותים לא יכולים לתבוע נזקיהם בגין הפרת דיני ההגבלים העסקיים ע"י הספק: "...that an indirect purchaser should not be allowed to use a pass-on theory to recover damages from a defendant..."

⁸ "...that an indirect purchaser should not be allowed to use a pass-on theory to recover damages from a defendant..." (להלן: "דוקטרינת הצרכן העקיף").

בבקשת האישור, טענו המבקשים בהרחבה כנגד **דוקטרינת הצרכן העקיף**, לפיה אין לאפשר לצרכן עקיף של מוצרים לתבוע ישירות את הספק בעילה לפי חוק התחרות, והעילה תעמוד לרוכש הישיר בלבד. ביהמ"ש העליון האמריקאי אימץ דוקטרינה זו נוכח הקושי בכימות הנזק שנגרם לצרכן העקיף עקב תיאום המחירים וכן נוכח הקושי בהגדרת הקבוצה הנפגעת בצורה מדויקת.⁹ בבקשת האישור טענו המבקשים כי יש לאפשר לציבור הצרכנים להגיש תביעתם, חרף היותם צרכנים עקיפים בלבד.¹⁰

בטרם ניתן פסק דין סופי **בעניין צוקרמן**, התייחסו אליו אביאל פלינט וחגי וויניצקי בספרם,¹¹ כאשר לדעתם מאחר שהמשיבות (למעט חברת החשמל) כבר נקנסו ע"י נציבות הסחר האירופית, הרי שאין ערך מוסף להגשת התביעה הייצוגית בישראל מבחינת מטרות חוק תובענות ייצוגיות, כגון אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו.¹² אולם, בעמדת היועמ"ש דאז, יהודה וינשטיין, בעניין **קרטל המטענים**¹³ נטען כי קיים ערך מוסף בתביעת קרטלים בינ"ל בכל אחת מהמדינות בהן פעל הקרטל, שכן עצם העובדה שקרטלים אלו נתבעים רק בחלק מהמדינות מביאה לתת-הרתעה ואכיפה.¹⁴ כמו כן, פלינט וויניצקי לא התייחסו למטרה נוספת העומדת בבסיסו של החוק והיא מתן סעד הולם לנפגעים,¹⁵ אשר לעמדת ביהמ"ש הושגה באמצעות הסדר הפשרה בעניין זה. עצם ההגעה להסדר הפשרה כאמור התאפשרה באמצעות יכולתם של התובעים להגיש את התובענה כייצוגית מלכתחילה בתור צרכנים עקיפים, או למצער אי-מניעתם על פי דין לעשות כן.

הדעות בארץ חלוקות בדבר קליטת דוקטרינת הצרכן העקיף בדין הישראלי. כך, בפסה"ד **בעניין צוקרמן** העיר השופט שינמן כי קליטתה של דוקטרינה זו בדין הישראלי טרם הוכרעה ע"י ביהמ"ש העליון ושגם אם תוכר זכותו העקרונית של צרכן עקיף לתבוע, לדעתו זו תתמצה באותן פעמים בהן הצרכן הישיר סירב לעשות זאת.¹⁶ כאמור, פלינט וויניצקי הביעו אף הם עמדתם לפיה יש לאמץ דוקטרינה זו למשפט הישראלי.¹⁷ אולם, דוקטרינה זו נתונה לביקורת רבה שכן היא מעדיפה להבטיח את העמדתם לדין של מפרי דיני התחרות על פני דיוק בהגדרת חברי הקבוצה ופיצוי כלל הניזוקים.¹⁸

בניגוד לעמדות לעיל, היועמ"ש טען כי דוקטרינה זו אינה מתאימה ליישום בדין הישראלי ולפיכך אין לשלול אפשרותו של צרכן עקיף שניזוק כתוצאה מתיאום מחירים לתבוע את נזקו.¹⁹ לעמדתו, שלילת יכולתו של

⁹ שם, פסקאות 745-748: "[...] is better served by holding direct purchasers to be injured to the full extent of the overcharge paid by them than by attempting to apportion the overcharge among all that may have absorbed a part of it".

¹⁰ **בקשת האישור**, לעיל ה"ש 5, עמ' 40-34. המבקשים נסמכו על כך שבישראל טרם התקבלה החלטה ברורה ומחייבת בעניין הדוקטרינה, כמו כן, לטענתם בהתאם לדבריה של השופטת נאור ברע"א 2616/03 **ישראל כרטיס בע"מ נ' הווארד רייס** (פורסם בנבו 14.03.05), פסקה 31 לפסק דינה, ישנה עילת תביעה לנפגעים עקיפים בדין הישראלי. לבסוף טענו המבקשים כי גם אם יוחל הדין האמריקאי על המקרה, לפיו כאמור אין להם עילת תביעה, הרי שהוא נופל לחרגים של הדוקטרינה המאפשרים סטייה ממנה.
¹¹ **אביאל פלינט, חגי וויניצקי תובענות ייצוגיות** (2017) (להלן: "**פלינט וויניצקי**").

¹² שם, עמ' 406; סעיף 1 לחוק: "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה: (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו".

¹³ **תצ (מרכז) 10538-02-13 עמותת הצלחה לקידום חברה הוגנת נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (פורסם בנבו 19.01.20-19.01.20). פסה"ד מאשר ניהולה של תובעה ייצוגית כנגד ארבע חברות תעופה בגין תיאום מחירים. פסה"ד מאמץ את עמדת היועמ"ש שהוגשה במסגרת ההליכים שהובילו לאישור זה לפיה יש לאפשר לצרכנים עקיפים לתבוע במסגרת דיני ההגבלים העסקיים.

¹⁴ עמדת היועמ"ש בשאלה האם זכות התביעה בדיני הגבלים עסקיים עומדת גם ליצרכן העקיף? (7.9.2014), עמ' 3 https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/attorney_general_of_israel_81/he/10538-02-13.pdf

(להלן: "**עמדת היועמ"ש**"); ראה גם פסקה 47 לפסק דינו של השופט פרופ' גרוסקופף בעניין **קרטל המטענים**: "הקושי האמור ביחס לקרטלים בכלל, וקרטלים בינלאומיים בפרט, מביא לא אחת לתת-אכיפה ולהחלשת ההרתעה".

¹⁵ **סעיף 1(3) לחוק**: "מטרתו של חוק זה [...] מתן סעד הולם לנפגעים מהפרדת הדין.
¹⁶ **עניין צוקרמן**, פסקה 1. בעמ' 27 לפסק דינו של השופט שינמן.

¹⁷ פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 11, עמ' 410.
¹⁸ **Caron Beaton-Wells, Private Enforcement of Competition Law in Australia- Inching Forwards? 39 MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW, 681, at 726-727 (2016).**

¹⁹ **קרטל המטענים**, לעיל ה"ש 13, פסקה 97 לפסק דינו של השופט פרופ' גרוסקופף.

צרכן עקיף לתבוע פיצוי על נזק שספג כתוצאה מגביית מחיר קרטליסטי, תפגע ביכולת האכיפה וההרתעה ביחס למפרי החוק, ותשלול, ללא סיבה מוצדקת, את זכותו לפיצוי.²⁰

חששן העיקרי של חברות הקרטל, התומכות בדוקטרינת הצרכן העקיף, הוא כפל פיצויים לצרכנים העקיפים והישרים.²¹ אולם, נדמה כי לו רק צרכנים ישירים היו מגישים תובענה ייצוגית, היה טוען הקרטל כי לא נגרם להם נזק, שכן הוא גולגל אל הצרכן העקיף (כפי שנעשה בעניין צוקרמן), ולהיפך - בהגשת התובענה ע"י הצרכנים העקיפים. עמדת היועמ"ש מאיינת את חששות הקרטלים ומסבירה כי הנזק מתיאום מחירים, בעיקרו הינו נזק כלכלי טהור והכרה בעילתו של צרכן עקיף לתבוע אינה מגדילה את היקף פיצוי בגין העוולה.²² על כן, ייתכן ותובענה המוגשת בשם שני סוגי הצרכנים, הן העקיפים והן הישרים, כפי שבמידה כזו או אחרת נעשה לאחר איחוד התביעות בעניין צוקרמן,²³ הינה הפתרון הרצוי במאבק כנגד הקרטלים.

לעמדת היועמ"ש, תכליות התובענה הייצוגית בישראל, כגון מימוש זכות הגישה לערכאות ומתן סעד הולם, מחייב הענקת זכות התביעה לצרכן העקיף. כמו כן, בעמדתו חזה היועמ"ש כי הכרה בזכות הצרכן העקיף לתבוע תביא לגידול במספר התובענות בתחום התחרות, גידול מבורך נוכח תת-האכיפה בתחום.²⁴ ואכן, מאז פרסום העמדה, ועל אף שלא התקבלה הכרעה סופית בביהמ"ש העליון, ניתן לראות את אימוצה בפסיקת ביהמ"ש המחוזי.²⁵ אם כן, נראה כי על אף היעדרה של עמדה מוחלטת, אי-קיומה של דוקטרינת הצרכן העקיף במשפט הישראלי, יחד עם אימוץ עמדות המתנגדות לה, מגבירה בהדרגתיות את האכיפה וההרתעה מפני הפרת הדין, שכן כעת אותן חברות יודעות כי הן עלולות למצוא את עצמן בביהמ"ש.

לסיכום, נראה כי התובענה הייצוגית יעילה באשר להרתעת קרטלים מפני הפרת דיני התחרות בשני מישורים: האחד הינו מישור הפיצוי, שכן נזקיו של קרטל מגולגלים על פני מספר רב של ניזוקים ולכן התובענה הייצוגית הינה הדרך היעילה לפצותם;²⁶ השני הינו המישור ההרתעתי, המקבל משנה תוקף בעניין קרטלים בני"ל כאשר אלו עשויים למצוא את עצמם חייבים בתובענות ייצוגיות בשלל מדינות. כל אלו מתאפשרים כאמור נוכח אי-קליטתה של דוקטרינת הצרכן העקיף אל שיטת המשפט שלנו. כמו כן, נראה כי פסק הדין בעניין צוקרמן, מבלי להתכוון, מגשים את חזונו של היועמ"ש בדבר תביעת קרטלים בתובענות ייצוגיות ע"י הצרכנים הישרים והעקיפים גם יחד וזאת ע"מ לממש את מטרות התובענה הייצוגית בצורה המיטבית.

²⁰ עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 14.

²¹ שם, סעיף 14.

²² שם, סעיף 22.

²³ איחוד ההליכים, לעיל ה"ש 2.

²⁴ עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 14, פסקה 26-27.

²⁵ ראה למשל: ת"צ 46010-07-11 נאור נ' תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו 5.4.2016) (להלן: "עניין תנובה"), פסקאות 40-44 לפסק דינה של השופטת אסתר שטמר-נטען שדוקטרינת הצרכן העקיף מונעת מהמבקש לתבוע. בהסתמך על עמדת היועמ"ש, נקבע כי הזכות לתבוע מפר של דיני תחרות עומדת ללא קשר לשאלה אם התובע רכש את המוצר ישירות מהמפר; ת"צ 41838-09-14 משה וינשטיין נ' מפעלי ים המלח (פורסם בנבו 29.1.2017), פסקאות 18-19 לפסק דינו של השופט פרוץ עופר גרוסקופף-נדונה בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית בעניין ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי ע"י גביית מחיר מופרז. ביהמ"ש אזכר את עניין תנובה וקבע כי אין מניעה בדין הישראלי מהצרכן העקיף לתבוע את המפר בנויקין.

²⁶ Robert H. Lande, *Class Warfare: Why Antitrust Class Actions Are Essential for Compensation and Deterrence*, 30 ANTITRUST MAGAZINE, at 81 (2016).