

כוחו של השוק: התביעה הייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים

מאת

אמיר ישראלי

מנגנון התביעה הייצוגית המצוי בחוק ההגבלים העסקיים (וכיום בחוק תובענות ייצוגיות) הוא מנגנון חשוב מאין כמוהו להרתעת עוסקים מפני עבירה על הוראות חוק ההגבלים. אכיפתו של חוק זה חשובה במיוחד שכן הוראותיו מיועדות לשמר את התחרות החופשית בשווקים השונים. בהתאם לתפיסה זו כינה הנשיא ברוך את חוק ההגבלים "מגנט-כרטיא של זכויות הצרכן". בפסק הדין בעניין רייס פירש בית המשפט העליון את התנאים לאישורה של תביעה ייצוגית באופן מצמצם מאוד, שיש בו כדי לסגור את הדלת מפני הגשת תביעות ייצוגיות הגבליות בכלל ותביעות ייצוגיות בעילת "מחיר בלתי-הוגן" – אחת העילות המרכזיות המצויות בחוק – בפרט. במאמר זה המחבר עומד על הפרשנות הראויה לתנאים לאישורה של תביעה ייצוגית הגבלית – לגישתו, פרשנות מרחיבה מזו שאומצה בעניין רייס.

א. מבוא. ב. על חשיבותה של התביעה הייצוגית והגבלית ככלי להרתעת מעורלים. ג. החלטה בעניין הווארד רייס – מוחת של התביעה הייצוגית והגבלית? ד. התנאים לאישורה של תביעה ייצוגית הגבלית. 1. כללי; 2. הוכחה לכאורה שקיימת עילת תביעה לקבוצה; 3. קיומה של עילת תביעה אישית לתובע הייצוגי; 4. יתר התנאים לאישורה של תביעה ייצוגית; ה. סיכום.

א. מבוא

ספק אם קיים בעולם המשפט מוסד שנוי במחלוקת כמוסד התובענה הייצוגית. מחד גיסא, רבים רואים בתביעה הייצוגית כלי משפטי ראשון במעלה לשמירה על זכויותיו של הצרכן; מאידך גיסא, קולות רבים מתריעים מפני שימוש תדיר בכלי זה ומצדדים בשימוש זהיר בו – משל הייתה התובענה הייצוגית "רימון-יד שנצרתו נשלפה מגופו".¹ גישתם של בתי המשפט כלפי תביעות ייצוגיות רחוקה מהיות עקיבה. לצד הגישה הליברלית, שאמנם באה לידי ביטוי במקרים מסוימים, קיימות הלכות רבות המצמצמות

1 ראו דבריו של השופט חשין בדנ"א 5712/01 יוסף ברוני נ' בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6) 385 (2003).

את האפשרות להגיש תביעה ייצוגית, ובראשן כמובן ההלכה בעניין א.ש.ת, שם נשללה ברוב דעות האפשרות להגיש תביעות ייצוגיות מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי.² תוצאתו של פסק דין זה היא אחת – כיום ניתן להגיש תביעות ייצוגיות רק מכוח דברי חקיקה הכוללים הוראות המתירות זאת במפורש.³ אחד מדברי החקיקה האלה הוא חוק ההגבלים העסקיים.⁴ מטבע הדברים, כלי התובענה הייצוגית קורץ לעורכי-דין רבים: האפשרות להשתתף בתביעה בסדר גודל עצום וליהנות בסופו של יום משכר-טרחה גבוה הובילה לכך שמדי שנה מוגשות בישראל עשרות רבות של תביעות ייצוגיות, בסכומי עתק.⁵ חוק ההגבלים העסקיים אינו חריג לכך; ההפך הוא הנכון. תביעות ייצוגיות הגבליות הן בגדר מכרה זהב לעורך-דין המבקש להגיש תביעה ייצוגית. סיבה אחת לכך היא אופיו של המשק הישראלי – משק קטן ומשופע במונופולים דורסניים ובקרטלים, שמבחינתם חוק ההגבלים העסקיים הוא המלצה ותו-לא.⁶ נוסף על כך, הוראותיו של חוק ההגבלים העסקיים מנוסחות בצורה רחבה מאוד המאפשרת פרצות בגדר שהחוק מציב.⁷ על כך יש להוסיף כי סכומי התביעה האישית בעוולות

- 2 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים, פ"ד נז(3) 220 (2003). בעניין א.ש.ת. חוזר בית המשפט העליון על ההלכה קדומה, ע"א 76/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (1969). בהקשר זה ראוי לציין גם את ההלכה בדנ"א ברוזני, לעיל בה"ש 1, שם עמד בית המשפט העליון בדעת רוב על הצורך העקרוני בהסתמכות מצד התובע הייצוגי על מצג מטעה כדי שצעמוד לו תביעה אישית נגד העוסק. לדעה כי בתי המשפט נוקטים גישה מחמירה מדי בכואם להכריע אם לאשר תביעות ייצוגיות צרכניות ראו הלל סומר "רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו – האמנם? עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית" דין ודברים א 347 (2005).
- 3 ראוי לציין כי לאחרונה נחקק חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 264. המאמץ את ההלכה שנקבעה בעניין א.ש.ת. ומתיר הגשת תובענות ייצוגיות מכוח מספר מצומצם של דברי חקיקה.
- 4 פרק ו' לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128.
- 5 ראו סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקר משפט כ 299 (2004), שם ערך המחבר מחקר אמפירי בנושא.
- 6 לניתוח בפרספקטיבה היסטורית ראו מיכל גל "חמישים גוונים לפורמאיקה, ראליוס משפטי בדני ההגבלים העסקיים" (צפוי להתפרסם במחקר משפט, 2005) (להלן: "גל: חמישים גוונים").
- 7 הוראותיו של חוק ההגבלים העסקיים הן הוראות כוללניות, תכונה שעוררה כמרוצת השנים ביקורת מצד מלומדים רבים. כך, למשל, נאמר כי חוק ההגבלים העסקיים אינו מבחין בין "הסדר בין מצחצחי נעליים והסכם בין אילי הון"; ראו מיכאל שפר "חוק ההגבלים העסקיים" רבעון לכלכלה טז 177 (1969). ביקורת זו לא נעלמה גם מעיניו של השופט חשין בכתבו את פסק דינו בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נז(1) 56 (2001). שם, בעמ' 90, כתב השופט חשין: "נודה ולא נכתד: תחום פרישתם של איטורי החוק – תחום פרישה רחב הוא ביותר, ויש ממש בביקורת המוטחת בחוק – שמא נאמר בביקורת המוטחת במבנה החוק – ולפיה נלכדים במצודה מערכים שלא היה ראוי להם כי יילכדו בה". למעשה, קשה לחשוב על חוזה שאינו נכנס להגדרת ההסדר הכובל, שכן כמעט כל חוזה מצמצם במידה כלשהי את חופש הצדדים לבצע פעולות בעתיד. ראו, למשל, את דבריו של הנשיא זילר בת"א (מחוזי י-ם) 961/91 פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' דור

הגבליות הם בדרך כלל קטנים במיוחד פרצרון ואינם מצדיקים הגשת תביעה אישית, אך מסתכמים בסכומי עתק בחישוב כולל של הנפגעים ומספקים תמריץ משמעותי להגשת תביעה ייצוגית.

אכן, במשך השנים האחרונות הוגשו בישראל מספר לא מבוטל של תביעות ייצוגיות הגבליות, חלקן הגדול בעילת התביעה של "מחיר בלתי-הוגן" (מחיר מונופוליסטי). את האכזבה שהשתררה בקרב עורכי-דין רבים – כשיצאה לאחרונה מפי בית המשפט העליון ההלכה בעניין הווארד רייס⁸ – ניתן רק לדמיין. באותו עניין טען המבקש כי מחירי עמלות הסליקה שגבו חברות האשראי (עד לכניסתו של מתחרה חדש לשוק הסליקה בשנת 1999) היוו מחיר בלתי-הוגן. עוד טען המבקש כי בין שניים מהבנקים התקיים הסדר כובל בנוגע להפעלת חברות האשראי שבבעלותם. הבקשה לאישור התביעה כייצוגית נתקבלה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי; אולם בית המשפט העליון הפך את ההחלטה וקיבל את ערעורן של חברות האשראי, בקובעו כי התובע הייצוגי לא הצליח להוכיח כי בוצעה כלפיו עוולה וכי נגרם לו נזק כתוצאה מכך. להלן נטען כי הפרמטרים שנקבעו בעניין רייס, בנוגע לנטל להוכחת התקיימותם של רכיבי עילת התביעה ההגבלית בשלב אישור התביעה כייצוגית, משמעותם למעשה סגירת הדלת בפני תביעות ייצוגיות בעילת מחיר בלתי-הוגן בפרט – ואולי אף כי בפני תביעות ייצוגיות מכוח חוק ההגבלים ככלל. מראש נבהיר כי אנו סבורים שההלכה בעניין רייס היא בעייתית מסיבות רבות, כפי שיפורט בהמשך; עם זאת, הצורם מכול הוא כי בית המשפט העליון דבק בניחות פורמליסטי של התנאים לאישור התביעה הייצוגית, ונמנע מניתוח תכליתית של התובענה הייצוגית ההגבלית ככלל וככלי לאכיפתו של חוק ההגבלים העסקיים בפרט. מבין השורות ניתן להסיק כי גישתו של בית המשפט העליון כלפי התובענה הייצוגית ההגבלית היא שלילית: נראה כי דעתם של השופטים אינה נוחה מריבוי תביעות הייצוגיות ההגבליות, בפרט בעילת התביעה של מחיר בלתי-הוגן. עם כל הכבוד, אנו סבורים אחרת. עמדתנו היא כי מוסד התובענה הייצוגית הוא הכרחי לאכיפתו הראויה של חוק ההגבלים העסקיים ושל הערכים שבבסיסו. ברשימה זו נבהיר את גישתנו בנוגע ליחס השיפוטי הראוי כלפי התובענה הייצוגית ההגבלית, וכחלק

אנרגיה (1998) בע"מ (לא פורסם, 24.9.1992): "פירוש מילולי גרידא של הוראות החוק, לא רק שיביא לתוצאות אבסורדיות שתשטופנה את בתי המשפט בתביעות פליליות ואזרחיות אלא הוא יהפוך חלק מההסדרים המקובלים בין הבריות ובתוך החברה לאסורים ובלתי כשירים. יתרה מכך, אינני בטוח אם פירוש מילולי גרידא של החוק לא יכניס חלק גדול של התקשרויות חוזיות למסגרת החוק, שהרי מכוח הגדרת המילה 'חוזת' יש בכל חוזת הגבלה מסוימת של החירות והחופש לעשות פעולה בעתיד, זאת נוכח ההתחייבות המוטלת על הצדדים או צד לחוזה. פירושים כאלו על אף היותם עולים אולי בקנה אחד עם מילות החוק, מחטיאים בעליל את הכוונה המוצהרת שלו, ומרוקנים אותו מכל תכלית אפקטיבית".

8 רע"א 2616/03 ישראל כרס בע"מ נ' רייס, תק-על (1)(2005) 3195 (2005) (להלן: רייס-עליון).

מכך נעמוד על פרשנותם הראויה של התנאים שנקבעו בחוק לאישור התובענה הייצוגית ההגבלית.⁹ משלב זה יחולק הדיון לכמה חלקים: בחלק הראשון נבהיר מדוע יש לעודד תובענות ייצוגיות מכוח חוק ההגבלים העסקיים, וזאת בשונה מרוח פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין רייס; בחלק השני ננתח בתמצית את הלכת רייס ונסביר מדוע יש בה משום סגירת הרלת מפני הגשת תביעות ייצוגיות הגבליות; בחלקו השלישי של הדיון נעמוד על פרשנותם הראויה של התנאים לאישור התביעה הייצוגית ההגבלית ונציע פתרונות לקשיים השונים שהתעוררו – או שעשויים להתעורר – בפסיקת בתי המשפט השונים.

ראוי לציין כי במהלך כתיבתה של רשימה זו נכנס לחוקפו חוק תובענות ייצוגיות.¹⁰ החוק מותיר בעינה את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים, ואנו נתייחס כרשימה זו, בקצרה, גם לשוניים שבחוק החדש.

ב. על חשיבותה של התביעה הייצוגית ההגבלית ככלי להרתעת מעוללים

הלכה ידועה היא כי התחרות החופשית היא ערך חוקתי ראשון במעלה במשפט הישראלי.¹¹ חשוב מכך: התחרות החופשית היא תנאי הכרחי לקיום הליכי ייצור יעילים במשק.¹² צורך זה ביעילות משקית מתוודד במיוחד על רקע היותו של המשק הישראלי

9 תובענה ייצוגית מתנהלת בשני שלבים: בשלב הראשון מוגשת תביעה אישית בצירוף בקשה לאשר את התביעה כתביעה ייצוגית. אם הבקשה מתקבלת, מתנהל השלב השני של התביעה הייצוגית. בפועל, שלב אישור התובענה הוא המשמעותי מבין השניים, ונדירים המקרים שבהם הגיעה תביעה ייצוגית לכדי סיום במתן פסק דין.

10 חוק תובענות ייצוגיות.

11 ראו בג"צ 1030/99 חיים אורון נ' י"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 657-658 (2002). מקובל לראות את חופש התחרות כחלק מזכותו של אדם לחופש העיסוק; ראו ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחרות בישראל בע"מ נ' יצחק משיח, פ"ד מח(2) 66 (1994), בג"צ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות, פ"ד מט(3) 817, 804 (1995); בג"צ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451 (2000). בין היתר, בעניין אורון פסל בג"ץ תיקון לחוק התקשורת בשל היותו סותר את חופש התחרות.

12 ההנחה היא שתחרות חופשית נדרשת לשם מקסום הרווחה המצרפית ולהגברת היעילות במשק; ראו, למשל, בג"צ 588/84 ק.ש.ר. סחר אוכסט בע"מ נ' י"ר המרעצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 37, 29 (1986); כן ראו את דבריו של השופט עדיאל בה"ע (מחוזי, י-ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2004(2) 1724, בפסקה 17 לפסק הדין (2004); זאב גלמור "גישתו של הממונה לפיקוח על הגבלים עסקיים – סוגיות נבחרות" עיוני משפט טו 499, 500 (1990). על פי התאוריה הכלכלית של המשפט, מטרתם של דיני

משק קטן, המצוי בתחרות אל מול משקים זרים שהפירמות המתחרות בהם – ומייצאות את מוצריהם – נהנות מיתרונות גודל ביחס למשק הישראלי.¹³ זאת ועוד: מקובל לומר כי דיני ההגבלים העסקיים הם אחד הכלים המשמעותיים ביותר להגנה על זכויותיו של הצרכן.¹⁴ הגדיל לעשות הנשיא ברק בכנותו את חוק ההגבלים העסקיים "המגנא כרטא של זכויות הצרכן".¹⁵ על מכלול יתרונותיה של התחרות החופשית עמד בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין ליבוביץ.¹⁶

קיומה של תחרות חופשית הוא אינטרס ציבורי. שיטתנו החברתית והכלכלית מכירה בערכה של תחרות חופשית... תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים, לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו. תחרות חופשית עשויה אף לעודד פיתוחו של המשק בדרך יוזמות של לגיטימיות לסוגיה. הישגים אלו, אשר התחרות החופשית עשויה להשיג, אנו מבקשים לעודד...

מהאמור לעיל עולה כי מעטים יחלקו על חשיבותה של התחרות החופשית ועל הצורך לשמרה ולעודדה. אולם, כדי למנוע פגיעות בתחרות החופשית יש צורך בהרתעה מספקת מפני עבירה על הוראות החוק. בסופו של יום, החלטתה של פירמה אם להסתכן בביצוע פעילות אנטי-תחרותית, בניגוד להוראות חוק ההגבלים העסקיים, היא בעיקרה החלטה כלכלית.¹⁷ נסביר: מטבע הדברים, מטרתה של הפעילות האנטי-תחרותית היא השגת

ההגבלים העסקיים היא להבטיח חלוקה יעילה של המשאבים במשק; ראו ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX (1978); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 14-15 (5th ed. 1998). לביקורת על החיבוריה הכלכלית לדיני ההגבלים העסקיים ראו Robert H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 HASTINGS L.J. 65 (1982).

13 להבדלים בין כלכלות גדולות לבין כלכלות קטנות דוגמת ישראל בהקשר לתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים ראו MICHAEL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL MARKET ECONOMIES (2003).

14 ראו דנ"א טבעול, לעיל ה"ש 7, בעמ' 79; כן ראו בג"צ 344/89 ח.ס.ח. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מד(1) 456 (1990); צחי יגור דיני הגבלים עסקיים 33 (1997). על הצורך במתן הגנה מפני מונופולים עמד בית המשפט העליון כבר בשנות ה-50; ראו בג"צ 161/52 חברת המזקקים של ארץ ישראל נ' ראש העיר, חברי מועצת העירייה של ראשון-לציון ותושביה, פ"ד 1113 (1952); בג"צ 125/57 אניות מיכל ומשא נ' שר האוצר, פ"ד יא 1490, 1507 (1957).

15 ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנועה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית, פ"ד נב(5) 213 (1998).

16 רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 327 (1990).

17 עם זאת, ראוי לסייג ולומר שקיימים שיקולים נוספים להימנע מעשיית קרטל, ובכלל זאת רצונם של מנהלים להימנע מעשיית הסדרים כובלים בשל עונשי המאסר הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים.

רווחים על-תחרותיים, העולים על שיעור הרווח במצב של תחרות חופשית. מבחינה כלכלית, יהיה זה משתלם לפירמה לבצע פעולה אנטי-תחרותית אם שיעור הרווחים הצפוי מהפרת החוק עולה על המכפלה של הסכום שתיאלץ לשלם אם תיתפס, בסיכוי כי תיתפס.¹⁸ כך, למשל, אם הרווחים הצפויים מעשיית קרטל עומדים על 100 מיליון ש"ח, והסיכוי שהקרטל יתגלה הוא 20%, הרי שכדי ליצור את אפקט ההרתעה נדרש כי העונש הצפוי לחברי הקרטל יעמוד על סכום שלא יפחת מ-500 מיליון ש"ח. נעיר, כי קיימים מחקרים אמפיריים המוכיחים שרק אחד משישה עד שבעה קרטלים מתגלה על ידי רשויות האכיפה.¹⁹

האם אפקט ההרתעה מושג כיום? אנו סבורים כי התשובה היא שלילית לחלוטין. אמנם נכון כי הרשות להגבלים עסקיים אמונה על אכיפתו של חוק ההגבלים העסקיים, וכי היא מבצעת את עבודתה בצורה משביעת-רצון יחסית לעבר;²⁰ עם זאת, אנו סבורים כי אין די בפן האכיפה הפלילי של החוק כדי ליצור הרתעה מספקת, וזאת מכמה סיבות. ראשית, חוק ההגבלים העסקיים אינו מעניק לרשות ההגבלים את הסמכות להטיל קנסות בשיעור ניכר על מעוולים הגבליים. נוסף על כך, חוק ההגבלים – בניגוד לדברי חקיקה ממדינות אחרות – אינו מאפשר הטלת קנסות מנהליים ללא פתיחה של הליך פלילי. שנית, כדי להרשיע במשפט פלילי, רשות ההגבלים צריכה להוכיח את התקיימותם של יסודות העוולה מעל לכל ספק סביר. דרישה זו מקשה מאוד על העמדתם לדין של מעוולים הגבליים וכן על הרשעתם – בין השאר משום שהמשתתפים בפעילות אנטי-תחרותית נוטים להיות מעוולים מתוחכמים ויצירתיים, העושים כל שביכולתם כדי להסוות את פעילותם או להצדיקה ברציונלים לגיטימיים. שלישית, גם אם הושלם ההליך הפלילי וניתן פסק דין מרשיע, מעטים המקרים שבהם סכום הקנס המוטל על מעוולים הגבליים תואם את הרווחים שהשיגו תוך הפרה של הוראות החוק.²¹ על כך יש להוסיף כי בחלק גדול מההליכים הפליליים שהתנהלו לא הוצגו בפני בית המשפט כל ראיות בנוגע לשיעור הרווחים שהושגו שלא כדין ועל חשבון הציבור הרחב. הענישה באותם מקרים נקבעה באופן אינטואיטיבי, ללא הסתמכות על נתונים כלכליים בדבר רווחי הקרטל או בדבר הסיכויים לתפיסתו;²² באותם מקרים, סכום הקנס כלל לא התקרב

נוסף על כך ייתכן שקיימים נזקים עקיפים הנלווים לתפיסה של הסדר כובל כגון פגיעה במוניטין וכדומה.

18 POSNER, לעיל ה"ש 12, בעמ' 77-78.

19 OECD, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws 3 (DAFFE/COMP (2002) 7), www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf.

20 גל: חמישים גוונים, לעיל ה"ש 6.

21 ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 288/98 מדינת ישראל נ' כהן ישי (טרם פורסם, 17.3.2003).

22 שם, וכן ראו, למשל, את דבריה של השופטת מזרחי בה"פ (מחוזי י-ם) 1142/01 מדינת ישראל נ' שולשטיין, תק-מח 19518 (1)2002 (2002).

לשיעור רווחיו של המעוול אף בהתעלם מסיכויי תפיסתו. כך, למשל, הקנסות שהוטלו בקרטל חומרי ההדברה – קרטל רחב-היקף שפעל בין השנים 1993-1995 והשפיע על מרבית הקיבוצים והמושבים בארץ – הסתכמו בסכום של קצת יותר משני מיליון ש"ח בלבד.²³ יש מקום לציין כי רמת הענישה לא הגיעה לשיעור רווחי הקרטל גם במקרים שבהם הוצגו נתונים כלכליים בפני בתי המשפט. כך, למשל, בקרטל בשוק צנרת הפוליאתילין – שבו הוצגה בפני בית המשפט תוות-דעת כלכלית בדבר רווחי הקרטל, ונטען בה כי הרווחים עמדו על כ-2.4 מיליון ש"ח – בחר בית המשפט להעניש את חברי הקרטל בסכום פחות מרווחיהם – 1.4 מיליון ש"ח – ללא כל התחשבות בנתון בדבר סיכויי התפיסה. בדומה, בעניין ברינקס טענה המדינה כי רווחיה של חברת ברינקס בשל הקרטל בשוק ההובלה הבינלאומית של יהלומים עמדו על כ-550 אלף דולר. הקנס שנקבע באותו עניין עמד על מיליון ש"ח בלבד – פחות משיעור הרווחים הנטען.²⁴ סיבה רביעית לאי-דיותו של המישור ההגבלי הפלילי לצורך הרתעה היא שחלק גדול מהתיקים הפליליים מסתיימים בעסקאות טיעון – בין השאר בשל הקשיים בהוכחת אשמתם של מעוולים הגבליים מעל לכל ספק סביר – וספק רב אם עסקאות אלה מהוות הרתעה כלכלית.²⁵ כמו כן, במרבית עסקאות הטיעון רווחיו של המעוול ההגבלי כלל אינם נמדדים. כך, למשל, טמבור – מונופול בתחום הצבעים – נקנסה בסכום של 2.25 מיליון ש"ח בלבד, ללא כל ניתוח כלכלי, לאחר שתיאמה במשך חמש שנים את מחירי המוצר עם רשתות השיווק.²⁶ בקרטל הביטוח, שהוא אולי הקרטל המשמעותי ביותר שהתגלה במשק הישראלי מאז ומעולם, נחתמה עסקת טיעון שבמסגרתה חויבו חברות הביטוח בקנסות בסכומים שבין 2.25-6.5 מיליון ש"ח בלבד. על חברת הפניקס, שסירבה לעסקת הטיעון, הוטל קנס גבוה יותר – 12 מיליון ש"ח.²⁷ סכומים אלו לבטח אינם עולים עד כדי מכפלת רווחי הקרטל בסיכויי תפיסתו, או אפילו עד שיעור רווחי הקרטל בלבד, שסביר כי הגיעו לפחות לכמה מאות מיליוני שקלים. כך, למשל, אם נניח הנחה סבירה כי רווחיו העל-תחרותיים של קרטל הביטוח הסתכמו בכ-200 מיליון ש"ח, וכי

23 ת"פ (מחוזי י-ם) 162/99 מדינת ישראל נ' המשביר החקלאי בע"מ, תק-מח 99(3) 29201 (1999).

24 ת"פ (מחוזי י-ם) 1277/00 מדינת ישראל נ' ברינקס ישראל בע"מ, תק-מח 2002(2) 7551 (2002).

25 ראוי לציין כי טיעון דומה לעניין תת-אכיפה יכול שיועלה בנוגע להסכמי פשרה בתובענה הייצוגית, שבהם מתפשר התובע הייצוגי בסכום נמוך כדי לחסוך מעצמו ניהול הליך מורכב ומסובך כנגד נתבע עוצמתי. עם זאת, נראה לנו כי הפתרון אינו מצוי בויתור על כלי התובענה הייצוגית כאמצעי להרתעה אלא בפיקוח מוגבר על הסדרי פשרה בתובענה הייצוגית; בהקשר זה ראו את הדיון להלן בפרק ה'.

26 עניין כהן ישי, לעיל ה"ש 21. ת"פ 1262/01 (מחוזי י-ם) מדינת ישראל נ' שניידרמן (לא פורסם, 15.7.2002).

27 ת"פ (מחוזי י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 22.2.2002).

סיכויי תפסתו עמדו על כ-20%, הרי שלשם הרחעה אפקטיבית נדרש כי סכום הענישה יעמוד על כמיליארד ש"ח – הרבה מעבר לדרך הענישה שנקבע באותו עניין.

לסיכום חלק זה של הדיון: נקל לראות כי אין די במנגנון האכיפה הפלילית של חוק ההגבלים כדי להרתיע באופן אפקטיבי מפני עבירה על הוראות החוק. מעולים הגבילים, ובפרט מונופולים שאמצעי האכיפה הפליליים אינם משמעותיים ביחס אליהם, אינם מורתעים באופן מספק מפני עבירה על הוראות החוק, ואף זוכים לשמור את מרבית הרווחים שהשיגו שלא כדין על חשבון הצרכן. אנו סבורים כי ביכולתה של התובענה הייצוגית ההגבלית לתרום באופן משמעותי לשינוי של מצב דברים זה.

באמור לעיל יש גם כדי להשיב על טענת הנגד שלפיה מתן אפשרות תביעה לתובעים פרטיים עלולה להוביל להרתעת יתר ולכפל ענישה. כאמור, אנו סבורים כי לא די בענישה הפלילית כדי להרתיע; זאת ועוד: אנו סבורים כי ספק רב אם גם בשילוב שבין התביעה הייצוגית והענישה הפלילית יהיה כדי להרתיע באופן מרבי, זאת משום שכדי ליצור הרחעה יעילה יש כאמור להכפיל את דוחי המעוול בסיכוי כי ייתפס. במשפט האמריקני סיבה זו מזכה את התובע הייצוגי בפיצוי עונשי (Treble Damage);²⁸ בדין הישראלי פיצויים עונשיים מוכרים רק במקרים נדירים ובסכומים נמוכים יחסית.²⁹ בנוגע לטיעון בדבר כפל הענישה יש להוסיף כי לגישתנו הענישה הפלילית והסעד האזרחי כלל אינם סעדים חופפים כי אם משלימים, שכן הענישה הפלילית נועדה להרתיע ולהעניש ואילו הענישה האזרחית, נוסף על השגת אפקט ההרתעה, נועדה גם לפצות את הציבור על הנזקים שנגרמו לו – מטרה שהענישה הפלילית אינה יכולה, כמובן, להשיג.³⁰ כמו כן, טיעון כפל הענישה הוא טיעון חלש שכן "כפל ענישה" קיים גם בתחומים נוספים שבהם אכיפה פלילית קיימת נוסף על אכיפה אזרחית, כדוגמת דיני הגנת הצרכן ודיני ניירות ערך.

כלל, להליך התובענה הייצוגית יש כמה יתרונות משמעותיים על ההליך האזרחי האינדיבידואלי. אחד העיקריים שבהם הוא כי התביעה הייצוגית מאפשרת נגישות לבתי המשפט במקרים שבהם סכום התביעה אינו מצדיק תביעה אישית.³¹ רציונל זה בולט במיוחד בתביעות ייצוגיות הגבליות, שבהן עלויות ניהול ההליך המשפטי הן בדרך כלל

28 ראה למשל A. Mitchell Polinsky, *Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable and Rational?*, 26 J. LEGAL STUD. 663 (1997).

29 ראו ע"א 140/00 עיובן אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נת(4) 486 (2004).

30 Phillip Areeda, Louis Kaplow, Aaron Edlin, *ANTITRUST ANALYSIS – PROBLEMS, TEXT, AND CASES* 74 (5th ed. 1997).

31 ראו סטיבן גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט 416, 425 (1979); Garry D. Watson, *Class Actions: the Canadian Experience*, 11 DUKE J. COMP. & INT'L L. 269, 270 (2001).

משמעותיות מאוד – בין השאר משום שבהליכים הגבליים מוגשות בדרך כלל, לצורך ניתוח השוק הרלבנטי, חוות-דעת כלכליות שעלותן גבוהה. אולם, מעל לכול, התביעה הייצוגית היא כלי ראשון במעלה להכוונת התנהגות ולהרתעה מפני עבירה עתידית על הוראות החוק. התביעה הייצוגית היא כלי משמעותי מאין כמוהו לאכיפה של דברי חקיקה ושל הערכים שבבסיסם.³²

בעניין רייס-עליין דחה בית המשפט העליון תביעה ייצוגית הגבלית תוך מתן פרשנות מצמצמת לחלק מהתנאים לאישור התביעה. בית המשפט עשה זאת ללא ניתוח מקדים של תכלית התביעה הייצוגית ההגבלית. גישה שונה נקט בית המשפט העליון בעניין רייכרט, שם קבעה השופטת שטרסברג כהן כי "תכליתיה של התובענה הייצוגית על יתרונותיה וחסינותיה תעמודנה לנגד עינינו בבואנו לבדוק את הדרך בה ראוי לנו לילך בכל אחת מן הסוגיות העומדות לפנינו"³³ – וכך עשתה באותו עניין. אנו סבורים כי ראוי היה ללכת בדרך זו גם בעניין רייס.

במשפט האמריקני יש לתביעה הייצוגית ההגבלית תפקיד משמעותי בהרתעתם של עוסקים מפני ביצוע עוולות הגבליות, וזאת למרות שהחוק האמריקני מאפשר הטלת קנסות גבוהים על מעוולים הגבליים.³⁴ במערכת המשפט האמריקנית קיים קונצנזוס לעניין השיבותה של התובענה הייצוגית ככלי לאכיפת דיני התחרות.³⁵ נציין, כי גם בארצות-הברית – שבה ניתן לפסוק בתביעה הייצוגית פיצויים עונשיים (Treble Damages) נוסף על פיצויים עבור הנזק שנגרם – קיים ספק רב אם די בפיצויים משני הסוגים גם יחד כדי להרתיע מעוולים הגבליים הרתעה מקסימלית. דוגמה מצוינת לכך היא קרטל הוויטמינים – קרטל בינלאומי רחב-היקף שפעל במשך כמעט כעשור.³⁶

32 ראו סני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ 299, 320 (2004); מיכאיל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים (בעקבות פסק-דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ)" דין ודברים א 449 (1995).

33 רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276 (2001).

34 ראו, למשל, Stephen Calkins, *An Enforcement Official's Reflections on Antitrust Class Actions*, 39 ARIZ. L. REV. 413 (1997).

35 ראו, למשל, Minnesota Mining & Mfg. Co. v. New Jersey Wood Finishing Co., 381 U.S. 311, 317 (1965): "Private antitrust litigation is one of the surest weapons for effective enforcement of the antitrust laws"; Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc., 401 U.S. 321, 336 (1971); Leh v. General Petroleum Corp., 382 U.S. 54, 59 (1965); Amanda Kay Esquibel, *Protecting Competition: The Role of Compensation and deterrence for improved Antitrust Enforcement*, 41 FLA. L. REV. 153 (1989).

36 James M. Griffin, *An Inside Look at a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels, remarks before the ABA Section of Antitrust Law Annual Spring Meeting* (presented at Washington DC., Apr 6, 2000), www.usdoj.gov/atr/public/speeches/4489.pdf.

הרווחים שהשיגו חברות הוויטמינים עקב הקרטל נאמדים בכשמונה מיליארד דולר (18 מיליארד, אם נחשב את ערך הכסף עד לתפיסתו של הקרטל).³⁷ מחזור המכירות של החברות המעורבות נמדד בכ-3.3 מיליארד דולר ברחבי העולם מדי שנה.³⁸ בארצות-הברית נקנס הקרטל על ידי הרשויות בסכום של 900 מיליון דולר; באיחוד האירופי, בקנדה, באוסטרליה ובקוריאה נקנס הקרטל בכמיליארד דולר. עם זאת, הסכום המשמעותי ביותר – כשני מיליארד דולר – נפסק בתביעות ייצוגיות שהגישו תובעים פרטיים נגד חברי הקרטל.³⁹ נקל לראות כי בתביעות ייצוגיות נפסקו לחובת הנתבע פיצויים גדולים יותר מהקנסות שספג במדינות שונות בעולם. למרות זאת, יש הטוענים, בהסתמך על ניתוח כלכלי, כי הכספים ששילם הקרטל נופלים באופן משמעותי מרווחיו, אף בהתעלם מהנתון בדבר הסיכוי כי קרטל שכזה יתפס.⁴⁰ אם כך הוא הדבר, נקל לראות את חשיבותה של התביעה הייצוגית לצורכי הרתעה – שאינה מושגת גם כשקיימים אמצעי ענישה מנהליים (בדמות קנסות), ואלה, כאמור, אינם מצויים בידי הרשות להגבלים עסקיים בישראל.

לסיכום: אנו סבורים כי בכוחה של התובענה הייצוגית – ואם תרצו: בכוחו של השוק – לתרום באופן משמעותי להרתעת עוסקים מפני ביצוע עוולות הגבליות. תובעים ייצוגיים הגבליים עשויים לשמש כמנגנון לאיתור עוולות הגבליות מחד גיסא, וכגורם מעניש ומרתיע כשמתגלות עוולות מאידך גיסא. תובעים ייצוגיים עשויים לאכוף את החוק במקרים שבהם רשויות האכיפה בחרות שלא לפעול, בין אם מאילוצי משאבים ובין אם משום הקשיים בהוכחת האשמה מעל לכל ספק סביר.⁴¹ על כל האמור לעיל יש להוסיף כי תובעים ייצוגיים הגבליים עשויים לאתר עוולות הגבליות ביתר קלות מאשר רשויות האכיפה, הואיל והם חשים את הפגיעה בתחרות על בשרם. אכן, אין לכחוד כי התביעה הייצוגית טומנת בחובה גם סכנות לא מועטות, כפי שקבע הנשיא ברק בעניין טצת:⁴²

בתובענה הייצוגית טמונות מספר סכנות... לעתים היא עלולה לבוא כקנוניה שבין התובע הייצוגי לבין הנתבעים. כן יש להיזהר בתובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים, כגון סחיטה, תחרות, השתלטות עוינת או קנטרנות. התביעה הייצוגית – אף אם אין בה כל ממש – עלולה

Christopher Springman, *Fix Prices Globally, Get sued Locally? U.S. Jurisdiction over International Cartels*, 72 U. CHI L. REV. 265, 272 (2005)

OECD, *Hard Core Cartels – Recent Progress and challenges ahead* 34 (2003), www.oecd.org/document/36/0,2340,en_2649_34733_2516132_1_1_1_1,00.html

Springman, לעיל ה"ש 37, בעמ' 272.

40 שם.

41 AREEDA & KAPLOW, לעיל ה"ש 30, בעמ' 76.

42 רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 785 (1996).

לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלכד שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה...

חששות אלו הם כבדי-משקל, ויש להתחשב בהם בקביעת המדיניות הרצויה כלפי התביעה הייצוגית ההגבלית. עם זאת, נראה לנו כי ניתן לצמצם חששות אלו באמצעות אימוץ פתרונות משפטיים מאוזנים ובאמצעות פיקוח שיפוטי מוגבר על הצדדים להתדיינות. כך או כך, אין בנימוקים אלו כדי להצדיק שלילה גורפת של הזכות להגיש תביעה ייצוגית מקום שבו כוצעה עוולה הגבלית ונגרם לציבור התובעים, ולמשק בכללותו, נזק משמעותי.

ג. ההלכה בעניין הווארד רייס – מותה של התביעה הייצוגית ההגבלית?

הווארד רייס היה בעת הרלבנטית רוקח ובעל בית מרקחת בתל-אביב. רייס הגיש בקשה לאישור תביעה ייצוגית נגד ארבע חברות המנפיקות כרטיסי אשראי (להלן: "המנפיקות"), ונגד שלושה בנקים שהחזיקו במניות של המנפיקות. רייס טען כי מחירי עמלות הסליקה שגבו המנפיקות עד שנת 1998, שבה נכנס לשוק מתחרה חדש (חברת אלפאקארד), היוו מחיר בלתי-הוגן כמשמעותו בסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. עוד טען רייס כי בין שניים מהבנקים התקיים דאז הסדר כובל, שלפיו הם יימנעו מתחרות ביניהם בכל הנוגע למנפיקות שבשליטתם. ההליך בפני בית המשפט המחוזי התארך ונמשך כמעט חמש שנים. הצדדים הגישו חוות דעת כלכליות. טיעונו של רייס כי עמלות הסליקה היו בלתי-הוגנות הסתמך תחילה על המחיר שגבתה חברת אלפאקארד ועמד על 2% מגובה הרכישה. לטענתו של רייס, נתון זה הוכיח כי עמלת הסליקה שנגבתה עד לאותה העת – כשיעור של כ-6% – הייתה בלתי-הוגנת. אתרע מזלו של רייס, וחברת אלפאקארד יצאה מהשוק לאחר שנקלעה לקשיים כלכליים. עם זאת, ראוי לציין כי עמלות הסליקה מצויות כיום בפיקוחו של הממונה על ההגבלים העסקיים, ושיעור העמלה כיום אינו עולה על 2.6%-2.8%⁴³. בהסתמך על נתונים אלו ניתן לקבוע די בבטחה כי שיעור העמלה בעבר (טרם החלת פיקוח הממונה וטרם כניסתה של אלפאקארד לשוק) היה גבוה באופן משמעותי מהמחיר בשוק תחרותי. בית המשפט המחוזי קיבל את הבקשה ואישר את ניהול התביעה כייצוגית.⁴⁴ בפסק

43 הממונה על ההגבלים העסקיים, צו לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 – כרטיסי חיוב; הגבלים עסקיים 266033 (2001).

44 ת"א (מחוזי ת"א) 2588/98 רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ, תק-מח 1469 (1) 2003 (2003) (להלן: רייס-מחוזי).

דין קצר ותמציתי קבע השופט קלינג כי רייס הצליח להוכיח כי התקיימו התנאים לאישור התביעה כייצוגית. בהתייחסו לעילות התביעה קבע תחילה השופט קלינג כי הוכח לכאורה קיומו של הסדר כובל בין שניים מהבנקים.⁴⁵ בנוגע לעילת התביעה מכוח דיני המונופולין קבע השופט קלינג כי הוכח לכאורה כי השוק הרלבנטי הוא השוק המותגי, דהיינו: שכל אחת מחברות הסליקה היא מונופול כלפי בעלי הכרטיסים שהנפיקה⁴⁶ (במאמר מוסגר נעיר כי השאלה אם לראות את "השוק המותגי" כשוק הרלבנטי היא שאלה סבוכה ובעלת פנים לכאן ולכאן, שגם ערכאת הערעור נמנעה מלנתח⁴⁷). בהמשך דבריו קבע השופט קלינג כי ירידתם של מחירי העמלות בעקבות כניסתה לשוק של אלפאקארד אמנם אינה מהווה הוכחה לכך שהמחיר בלתי-הוגן – אך היא מהווה הוכחה לכאורה לכך, כנדרש לשם אישור התביעה כייצוגית.⁴⁸ נראה, כי הניתוח של השופט קלינג הושפע מתפיסתו את הליך אישורה של תביעה כייצוגית כהליך מקדמי – בדומה להליך ביניים של מתן צו זמני – שאת גבולותיו יש לתחום ולהצר כדי למנוע כפילות בדיון.⁴⁹ קשה ליישב את תפיסתו זו עם הדרך שבה נוהל ההליך, שהתאפיינה באריכות יתרה ובמתן אפשרות לנהל חקירות ממושכות מאוד של עדים מטעם הצדדים. כך או כך, תפיסה זו אינה מתיישבת עם פסיקת בית המשפט העליון, תפיסה שהעניקה דגש לחשיבותו של ההליך המקדמי לצורך סינון תביעות שאינן ראויות להתברר כייצוגיות.⁵⁰

על פסק דינו של השופט קלינג הוגש ערעור שנדון בפני הרכב של שלושה משופטי בית המשפט העליון. הערעור נתקבל בפסק דינה של השופטת נאור. ראשית, השופטת

45 שם, בפסקה 26.

46 שם, בפסקה 18.

47 על החסרונות של הגדרות שוק מצמצמות בשווקים מורכבים ראו בהרחבה אמיר ישראלי "על רשתות גדולות וספקים גדולים: הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של כוח חוץ יחסי" עלי משפט ד 279, 311 (2005). להגדרות שוק מצמצמות ראו, למשל, Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Serv., 504 U.S. 451 (1992), וכן את פסק דינו של בית המשפט האירופי הגבוה לצדק בעניין Volvo AB v. Eric Vang (UK) Ltd (238/87) [1988] ECR 6211, [1989] 4 CMLR 122, CMR 10089.

48 עניין רייס-מחוזי, לעיל ה"ש 44, בפסקה 19 לפסק הדין.

49 שם, בפסקה 6.

50 ראו, למשל, דבריה של השופטת שטרסברג-כהן ברע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עזובון גת, פ"ד נב(2) 713, 721 (1998): "הבקשה לאישור התביעה ייצוגית היא אמנם הפרוודור שבאמצעותו ניתן להיכנס לטורקלין עצמו ואין להפכו לטורקלין עצמו ולברר בו את כל השאלות שבדיון יפה במהלך בירור התביעה עצמה... אולם, ראוי לעבור פרוודור זה כזהירות מרובה וליתן את הרשות רק במקרים המתאימים העונים על כל התנאים הדרושים, לבל תתבררנה תביעות סרק ייצוגיות שאינן ראויות להתברר ככאלו, על כל המורכבות והבעייתיות הכרוכות בהן...".

נאור נכונה הייתה להניח כי השוק הרלבנטי הוא אכן השוק המותגי.⁵¹ שנית, בנוגע לעילת התביעה של "מחיר בלתי-הוגן", השופטת נאור נכתה הייתה להניח כי העילה כוללת גם מחיר מונופוליסטי (בניגוד למחיר טורפני בלבד).⁵² עם זאת, השופטת נאור קבעה כי התובע הייצוגי לא עמד בנטל להוכיח כי עומדת לו לכאורה עילת תביעה הגבלית. לגישתה, המחיר שגבתה אלפאקארד היווה מחיר חדירה לשוק של מתחרה חדש ולא מחיר בשוק תחרותי.⁵³ ראייה לכך מצאה השופטת נאור בקריסתה של אלפאקארד. השופטת נאור פסקה כי עם קריסת הטיעון שהתבסס על המבחן ההשוואתי – מבחן המתמקד בהשוואה בין המחיר העל-תחרותי שנגבה בעבר לבין המחיר לאחר כניסת המתחרה החדש לשוק – לא ניתן להתיר לתובע הייצוגי להוכיח את עילת התביעה (לאחר שלב האישור) באמצעות מבחן אחר, דוגמת מבחן "הרווח הסביר" של היצרן.⁵⁴ השופטת נאור הוסיפה כי את הנתונים להוכחה של עילת התביעה בהתאם למבחן הרווח הסביר – הגם שהם מצויים בידי המשיבים בבקשה – היה המבקש צריך להשיג בדרך של בקשה לגילוי מסמכים, והפנתה להלכת דלק מוטורס.⁵⁵ עם כל הכבוד, נראה לנו שקיימת בעייתיות מסוימת בפסיקתה של השופטת נאור כבר בשלב זה. ראשית, בהלכת דלק מוטורס נקבע כי תובע ייצוגי המבקש גילוי מסמכים נדרש להעמיד תשתית ראייתית ראשונית המלמדת על עילת תביעה אישית כנגד התובע.⁵⁶ מטבע הדברים, ביסוסה של תשתית ראשונית כזו כלל איננה פשוטה כשהמידע בכללותו מצוי בידי התובעים. נראה כי השופטת נאור הייתה מודעת לקושי האמור, ואף הציעה כי דרך לכפות הבאה של ראיות לסתור היא הצגה של חוות דעת כלכלית היפותטית בדבר עלויות הקמה וניהול של חברות אשראי.⁵⁷ לנו נראה כי הטלת חובה להציג חוות דעת כזו משמעה הטלה של עלויות כבדות מאוד על המבקש לאשר תביעה ייצוגית, בפרט כשקיימים קשרים של בעלות צולבת והיזון בין חברות האשראי והבנקים המקשים על ביצוע ניתוח כלכלי כאמור. שנית, הלכת דלק מוטורס יצאה מבית מדרשו של בית המשפט העליון זמן רב לאחר ניהול שלב ההוכחות בבקשה, כך שמטבעם של דברים לא היה ביכולתו של ריט להסתמך עליה.

בהמשך דבריה קבעה השופטת נאור כי גם אם היה מוכח שהמחיר מונופוליסטי, עדיין קיימת סבירות שריים – ובעלי עסקים דומים – הצליחו לגלגל את הפסדיהם על

51 עניין ריט-עליון, לעיל ה"ש 8, בפסקה 10 לפסק הדין.

52 שם, בפסקה 17.

53 שם, בפסקה 21.

54 שם, בפסקה 26.

55 רע"א 10052/02 יפעת ג' דלק מוטורס, פ"ד נו(4) 513 (2003).

56 שם, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט ריבלין.

57 עניין ריט-עליון, לעיל ה"ש 8, בפסקה 26.

הצרכן, ועל כן לכאורה הם נעדרים זכות תביעה.⁵⁸ בכך נגעה השופטת נאור – ללא התייחסות מספקת – בסוגיית בעלי הזכות לחבוע בתביעה ייצוגית הגבלית, שיכולים להיות תובעים ישירים (המצויים בקשר עסקי ישיר עם הנתבע) או עקיפים (דוגמת רוכשי המוצר מהמשווק). כפי שיבואר, גישתה של השופטת נאור לעניין זה אינה עולה בקנה אחד עם גישתם של בתי המשפט האמריקניים שנדרשו לסוגיה.⁵⁹ כפי שיובהר בהמשך הדיון, גישה זו מצמצמת באופן ניכר את מעגל הזכאים להגיש תביעה ייצוגית, ומטילה נטל הוכחה נוסף ומשמעותי מאוד (ובמקרים רבים אף בלתי-אפשרי) על המבקש להיות תובע ייצוגי.⁶⁰

עד לשלב זה נראה כי השופטת נאור ביססה את קבלת הערעור על כשלונן של ריis להוכיח את עילת התביעה; הוזה אומר: ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי המתבטא בגבייה של מחיר העולה על המחיר התחרותי. לו כך היה הדבר, כי אז – למרות שלדעתנו בנסיבות העניין הבקשה בעניין ריis צריכה הייתה להתקבל – היה נותר מקום לאופטימיות מועטה כי במקרים עתידיים ובנסיבות שונות יהיה בית המשפט נכון לאשר תביעות ייצוגיות דומות. אלא, שעיון מעמיק בפסק הדין מעלה כי לגישתה של השופטת נאור ריis כשל לא בהוכחת העילה ההגבלית בכללותה כי אם אך ורק בהוכחת גרימתו של נזק לחברי הקבוצה ומעבר לכך – אף בכימותו של הנזק. מסקנה זו עולה מהתייחסותה של השופטת נאור לעילת ההסדר הכובל. גם בהקשר לטענה זו הייתה השופטת נאור נכונה להניח כי בין שניים מהבנקים התקיים הסדר כובל, אך היא בחרה לבטל את האישור שניתן גם בעילה זו, בקובעה:⁶¹

גם בהנחה זו נחזור וניתקל באותו קושי בו נתקלנו בסוגיית ה"מחיר ההוגן". לא די בהוכחה לכאורה של קיום הסדר כובל. גם כאן יש צורך להבהיר מהו הנזק שנגרם לתובע כתוצאה מקיומו של הסדר שכזה. פרק "הנזקים" שבכתב התביעה המתוקן מתייחס לכל המעשים והמחדלים של הנתבעות, והוא מבוסס, כמבואר, על הפער בין עמלת הסליקה ששולמה בפועל לסכום המהווה 2% מהעסקאות שבגינן שולמה העמלה. על-כן, מה שנאמר לעניין העילה לפי סעיף 29א לחוק חל גם לעניין העילה של הסדר כובל, ולפיכך גם בעניין זה יש לבטל את האישור שניתן.

נקל לראות כי לגישתה של השופטת נאור אין די בכך שהתובע הייצוגי יוכיח כי עומדת לו עילת תביעה הגבלית. גם אם עילת תביעה הגבלית מוכחת בפועל, המבקש לאשר את התביעה כייצוגית נדרש להראות כי נגרם לחברי הקבוצה נזק וכן להעריך את שיעורו.

58 שם, בפסקה 31.

59 ראו דיון להלן בפרק 3.3.ב.

60 ראו דיון להלן בפרק 3.3.ב.

61 עניין ריis-עליון, לעיל ה"ש 8, בפסקה 30 לפסק דינה.

ראוי להבהיר כי מסקנה כזו אינה נגזרת לוגית מדרחיית הבקשה ככל שהיא נוגעת לעילת התביעה של מחיר מונופוליסטי, שכן בעילת התביעה של מחיר מונופוליסטי הוכחת העילה כרוכה בקשר בלתי-ניתן לניתוק בהוכחתו של נזק. בעילת תביעה זו, הנזק הנגרם לקבוצה הוא ההפרש בין המחיר שנגבה בפועל לבין המחיר בשוק תחרותי – הוא הרווח המונופוליסטי. ללא הוכחת רווח כזה – שהוא, למעשה, חסרון הכיס שנגרם לצרכן – לא ניתן לקבוע כי מתקיימת עילת תביעה מכוח סעיף 29(א) לחוק. עם זאת, ספק אם היה מקום להשוות לעניין זה בין עילת התביעה של מחיר בלתי-הוגן לבין עילת ההסדר הכובל. כפי שיובהר בהמשך הדיון, אנו סבורים כי גישתה של השופטת נאור כלל איננה מתחייבת מלשון החוק ומתכליתו, שכן אם ניתן להניח כי התקיים הסדר כובל לעניין מחיר המוצר או השירות, כי אז סביר להניח שנגרם נזק לצרכן, הגם שאת שיעורו ייתכן כי קיים קושי לכמת בשלב הבקשה לאישור התביעה כייצוגית וכלי שיתקבלו נחונם מהנתבע. על הנחה זו התבסס המחוקק הישראלי בקובעו בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים רשימה של חזקות חלוטות, שבהתקיימן חזקה כי התחרות בשוק נפגעה – פועל יוצא של ההסדר. עוד נראה לנו, כי אם מוכח קיומה של התנהגות אנטי-תחרותית כה חמורה, לכל הפחות ראוי שהנטל להוכיח כי לחברי הקבוצה לא נגרם כל נזק יעבור לכתפיו של הנתבע.⁶²

לסיכום חלק זה: אנו סבורים כי עמדתה של השופטת נאור בעניין רייס מצמצמת באופן משמעותי את הסיכוי כי תביעות ייצוגיות מכוח חוק ההגבלים העסקיים יזכו לאישור. גרוע מכך: יש בהלכת רייס כדי להמחיש את גישתו השלילית של בית המשפט העליון כלפי התובענה הייצוגית ההגבלית, שעל יתרונותיה המשמעותיים עמדנו לעיל. כאמור לעיל, פרשנותה של השופטת נאור מתבססת על מתן פרשנות דווקנית לדרישה להוכחה לכאורה של עילת תביעה אישית כתנאי לאישורה של תביעה ייצוגית. כפי שיובהר להלן, אנו סבורים כי היה מקום לפרש תנאי זה לאישור התביעה כייצוגית – הקבוע כיום בחוק תובענות ייצוגיות – באופן שונה, ולהקל בכך על התובע הייצוגי בשלב הבקשה לאישור.

ד. התנאים לאישורה של תביעה ייצוגית הגבלית

1. כללי

בחלק זה של הדיון נעמוד על הפרשנות הראויה לתנאים לאישורה של תביעה הגבלית כייצוגית. סעיף 46א(א) לחוק ההגבלים העסקיים מתיר לכל אדם או ארגון צרכנים להגיש תביעה ייצוגית "בשל כל עילה אשר בשלה יכול על פי חוק זה התובע לחבוע

62 ראו דיון להלן בפרק ד.2.ב.

בשמו נגד כל נתבע אשר התובע יכול לתבוע בשמו". התנאים לאישור של תביעה הגבלית כייצוגית מנויים בסעיף 46(ב) לחוק הקובע:

הגשת תובענה ייצוגית טענה אישור בית המשפט או בית הדין, לפי הענין (בפרק זה – בית המשפט), והוא לא יאשרה אלא אם כן שוכנע שנתקיימו התנאים האלה:

- (1) גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית;
- (2) קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה;
- (3) הגשת התובענה הייצוגית היא דרך עדיפה על הגשת תביעות אישיות, מוצדקת והוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי התובע מייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה.

חוק תובענות ייצוגיות, שנחקק לאחרונה, הסיר את התנאי לענין גודלה של הקבוצה והוסיף את התנאי כי עניינם של חברי הקבוצה מנוהל בתום לב.⁶³ תביעה ייצוגית מתנהלת בשני שלבים. בשלב הראשון מוגשת בקשה לאישור התביעה כייצוגית. אם הבקשה מקבלת אישור, הנתבע מגיש כתב הגנה והתביעה נדונה לגופה. הליך אישורה של תביעה כייצוגית איננו מקדמי בלבד: מדובר בלב-לכה של התביעה הייצוגית.⁶⁴ נדירים מאוד המקרים שבהם התביעה הייצוגית מתנהלת לאחר שלב האישור. במרבית המקרים השאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים מוכרעות כבר בשלב זה. להלן נעבור באופן ביקורתי על התנאים לאישורה של תביעה ייצוגית כאמור בחוק ההגבלים העסקיים וכפי שפירשה אותם הפסיקה בישראל.

2. הוכחה לכאורה שקיימת עילת תביעה לקבוצה

קיומה של עילת תביעה אישית הוא תנאי הכרחי לאישור התביעה הייצוגית. עם זאת, מלשנונו של חוק ההגבלים העסקיים לא מתחייב כי על התובע הייצוגי להוכיח קיומה של עילת תביעה אישית דווקא בשלב הבקשה לאישור התביעה כייצוגית. למעשה, במרבית המדינות המתירות הגשה של תביעה ייצוגית, ביניהן ארצות-הברית, קנדה ואוסטרליה, ההלכה היא שבשלב האישור על בית המשפט להניח כי עילת תביעה אישית מתקיימת.⁶⁵

63 סעיף 8 לחוק.

64 כך, למשל, נקבע כי החלטה לאשר תביעה ייצוגית כמותה כפסק דין, ועל כן הערעור על ההחלטה הוא ערעור בזכות. ראו ע"א 8521/03 תאגיד לאיסוף כלי משקה בע"מ ב' קראוס, פ"ד נח(3) 289 (2004).

65 לניתוח בפרספקטיבה השוואתית ראה, Garry Watson, *Prerequisites for Class Treatment*,

חריגה לכך החקיקה במחוז אנטריו שבקנדה, שם נאמר במפורש כי על התובע הייצוגי להתאדות שעילת תביעה מתקיימת כבר בשלב אישורה של התביעה כייצוגית.⁶⁶ יש היגיון בגישה הפוטרת את התובע הייצוגי מהוכחת העילה בשלב אישורה של התביעה כייצוגית, שכן הדבר מוביל לחיסכון בזמן שיפוטי ולמניעת כפילויות בדין. עם זאת, חסרונה של גישה זו בסיכון כי אושרו תביעות שעל פניהן ניכר כי לא עומדת למבקש כל עילת תביעה או שסיכויי הוכחתן קלושים. לכאורה, המשפט הישראלי נקט בעניין זה דרך ביניים: מחד גיסא על המבקש להראות כי עומדת לו עילת תביעה אישית, ומאידך גיסא עליו להוכיח את התקיימותה של עילת התביעה האישית ברמה לכאורית בלבד.⁶⁷ נראה, כי מרבית בתי המשפט רואים חובה "להיכנס לצובי הקורה" לעניין עילת התביעה האישית עוד בטרם אושר התביעה כייצוגית.⁶⁸ להלן נעמוד על העילות המרכזיות המאפשרות הגשה של תביעה ייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים.

(א) הסדר כובל

אחת מעילות התביעה האפשריות העומדות לתובע הייצוגי מכוח חוק ההגבלים העסקיים היא עילת ההסדר הכובל, המנויה בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. הסדרים כובלים היוו נאז ומעולם רעה תולה במשק הישראלי. על כן, האיסור על הסדרים כובלים הוא האיסור המשמעותי ביותר הקיים בחוק. עם זאת, מעניין לציין את המיעוט היחסי של התביעות הייצוגיות שבהן עילת התביעה המרכזית הייתה קיומו של הסדר כובל.⁶⁹ נראה,

www.osgoode.yorku.ca/QuickPlace/garrywatson/Main.nsf/h_277D271AF73D5F4185256FB3003CD6BE/29DD3E4D8D9B968985256FB9004F9678/?OpenDocument

לדין בארצות הברית ראו Douglas M. Towns, *Merit Based Class Action Certification: Old Wine in a New Bottle*, 78 VIR.L.REV 1001, 1009-1010 (1992).

66 שם.

67 כדברי השופט שטרסבוך-כהן בע"א 2967/95 מנן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות, פ"ד נא(2) 312 (1997), בפסקה 19 לפסק הדין: "אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים".

68 ראו רייס-עלין, לעיל ה"ש 8, בפסקה 12; כן ראו ע"א 6343/95 אבנר נפס וגו בע"מ נ' אבן, פ"ד נג(1) 115 (1999).

69 במרבית התביעות הייצוגיות שבהן נטענה טענת הסדר כובל היא נטענה כטענה חליפית בלבד לעילת התביעה המרכזית, וכמרבית המקרים היא נדחתה; ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 2738/99 שאבי נ' פלאפון תקשורת בע"מ, תק-מח 2002 (3) 2019 (2002); בש"א (מחוזי ת"א) 2057/01 ילניק נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ, סניף ראשי, תק-מח 2003 (2) 9758 (2003); על ההחלטה לדחות את הבקשה לאישור התביעה הייצוגית הוגש ערעור בפני בית המשפט העליון, ובו נונחה טענת ההסדר הכובל, ראו ע"א 3955/04 ריזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-על 2005 (3) 58 (2005); לתביעות שבהן נטענה טענת הסדר כובל כטענה המרכזית ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 1779/02

כי הסיבה לכך נעוצה בקושי להוכיח את קיומו של הסדר כובל בשוק מסוים, שכן לשם כך דרושה יכולת להפעיל אמצעי חקירה ולאסוף מידע – יכולת המצויה מטבע הדברים בעיקר בידי הרשות להגבלים עסקיים. נראה לנו כי בפני תובע ייצוגי המבקש להוכיח קיומו של הסדר לתיאום מחירים בשוק אוליגופוליסטי תעמוד משימה שאיננה פשוטה כלל ועיקר, הגם שבשלב האישור נדרש הוא להוכיח לכאורה בלבד. חריגים לכך המקרים שבהם קיימת קביעה של הממונה על ההגבלים העסקיים בדבר קיומו של הסדר כובל, קביעה המהווה ראיה לכאורה בכל הליך אזרחי.⁷⁰ נראה, כי במקרים אלו די בעמדת הממונה כדי לעבור את מבחן הסף של "הוכחה לכאורה" של עילת התביעה. על כך יש להוסיף כי ההלכה היא שכאשר הוגש כתב אישום פלילי נגד חברי הקרטל, וניתן פסק דין, התובע הייצוגי רשאי להגיש בקשה לצילום המסמכים בתיק ולהסתייע בהם לניהול ההליך האזרחי, ובתנאי שמדובר בפסק דין פלילי חלוט.⁷¹

שונה בתכלית המצב בהיעדר קביעה מצד הממונה. במקרים אלו יתקשה בדרך כלל התובע הייצוגי לאסוף מידע מספק להוכחת קיומו של הסדר כובל, וטענתו תהיה בדרך כלל אינטואיטיבית למדי. כך, למשל, בעניין שמעון שאבי טען המבקש כי בין שתי חברות הסלולר סלקום ופלאפון קיים הסדר לתיאום מחירים.⁷² המבקש ביסס את טענתו על כך שחברת פלאפון גבתה ממנוייה תעריף מקסימלי עבור זמן אוויר של מנויי סלקום בעוד שיכולה הייתה לגבות תעריף מינימלי.⁷³ בית המשפט דחה את הטענה בקובעו כי "המצב בשוק הוא שגם ללא הסדר כובל ובאופן חופשי, מתוך ניסיון למיקסום האינטרסים האישיים של כל אחד מהצדדים, כנראה היו המשיבה וסלקום נוקטות באותה דרך ממש".⁷⁴

נראה כי קיים סיכוי רב יותר לעמוד בדרישה להוכחת העילה דווקא בהסדרים כובלים אנכיים, הנחשבים לחמורים פחות מבחינת השפעתם על התחרות החופשית הואיל

עיריית רמלה נ' מרכז סליקה בנקאי בע"מ (לא פורסם, 1.12.2003) (תביעה שהגישה עיריית רמלה בטענה כי בין הנתבעות התקיים הסדר כובל הקשור לגביית עמלות סליקה בהתאם "להוראת קבע").

70 סעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים.

71 ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 366/99 רסלר נ' תשלובת ח.אלוני בע"מ (לא פורסם, 3.9.2002), שם אישר בית המשפט זכות עיון בתיקים הפליליים הנוגעים לקרטל המרצפות למטרת הגשת תביעה ייצוגית בעניין.

72 עניין שאבי, לעיל ה"ש 69.

73 שם, בפסקה ט לפסק הדין.

74 שם. בקשיי הוכחה דומים נתקלו תובעים ייצוגיים במקרים נוספים; ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 2504/99 שטיינברג נ' סלקום ישראל בע"מ, תק-מח 2000 (3) 9065 (2000), שם ניסה המבקש לטעון כי כן חברות הסלולר מתקיים הסדר כובל הנוגע למחירי הביטוח של מבשרי הסלולר. הטענה נדחתה משום שטיעונו של המבקש הסתכם בכך שקיים "חשש כבד" שהחברות קשורות ביניהן בהסדר לתיאום מחירים.

ובמרבית המקרים קיים רציונל לגיטימי לכריתתם.⁷⁵ בהסדרים אנכיים קיים בדרך כלל בין הצדדים הסכם כתוב שניתן לאתר ועל בסיס פרשנותו להסיק כי מדובר בהסדר כובל. כך, למשל, בעניין דלק מוטורס טענו המבקשים כי התקיימו הסדרים כובלים אנכיים בין יבואניות כלי הרכב לבין רוכשי כלי הרכב, שבעטיים נאלצו הרוכשים לטפל ברכבם בתקופת האחזיות במוסכים המורשים בלבד.⁷⁶ מטבע הדברים, באותו עניין עמד בפני בית המשפט ההסכם בין הצרכן ליבואן, ולא הייתה כל מניעה מהכרעה בשאלה המשפטית בדבר קיומו של הסדר כובל.

(ב) עילות מכוח דיני המונופולין

חוק ההגבלים העסקיים מגדיר כמונופול כל גוף המרכז בידיו יותר ממחצית מכלל האספקה של נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים או מכלל רכישתם. הסמכות להכריז על קיום מונופול השולט בפחות ממחצית השוק כאמור נתונה לשר התעשייה והמסחר.⁷⁷ נוסף על כך נתונה לממונה על ההגבלים העסקיים הסמכות להכריז על קיומה של קבוצת ריכוז, כאשר השליטה של יותר ממחצית השוק נתונה בידי כמה גופים עסקיים שאינם מתחרים ביניהם או שהתחרות ביניהם מועטה.⁷⁸ נעיר, כי הכרזתו של הממונה על ההגבלים העסקיים על קיומו של מונופול היא דקלרטיבית בלבד, ומכאן שאין כל מניעה כי התובע הייצוגי יוכיח באמצעות ראיות שהנתבע הוא מונופוליסט גם אם הממונה טרם הכריז עליו ככזה.⁷⁹

חוק ההגבלים העסקיים מטיל על בעל מונופולין מגבלות רבות. המגבלות הרלבנטיות להגשת תביעה ייצוגית הן, בעיקר, האיסור על מונופול לנצל את כוחו לרעה, הקבוע בסעיף 29א לחוק (שהועתק בשלמותו מסעיף 86 לאמנת רומא)⁸⁰ והאיסור על מונופול לסרב סירוב בלתי-סביר לספק מוצר או שירות, הקבוע בסעיף 29 לחוק. סעיף 29א(א) מטיל איסור כללי על ניצול מעמד לרעה כשקיים חשש לפגיעה בתחרות בשוק

75 ראו, למשל, דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את שכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כז 751 (2004), מיכל (שיצר) גל "לבור את המון מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א 533, 548 (2005).

76 עניין דלק מוטורס, לעיל ה"ש 55.

77 סעיף 26(ג) לחוק ההגבלים העסקיים.

78 סעיף 26(ד) לחוק ההגבלים העסקיים.

79 ראו, למשל, ערר 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3001553, בפסקאות 5-9 (1997). להרחבה בנושא ראו מיכל גל ואמיר ישראלי "פעמון סביב צוואר החתול: הכרזה על קיומו של מונופול בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים" (נייר עבודה).

80 מיכל (שיצר) גל "גביית מחירים מונופוליסטיים – ניצול מעמד לרעה?" (הרצאה בכנס ניצול כוח מונופוליסטי לרעה, אוניברסיטת חיפה, 8.1.2004).

או לפגיעה בציבור; סעיף 29א(ב) כולל ארבע חזקות חלוטות,⁸¹ שבהתקיימן יראו את המונופול כמנצל לרעה את כוחו. בכלל זאת נאסר על מונופול להתנות את רכישת המוצר או השירות בתנאים שמטבעם, או בהתאם לנהלי מסחר מקובלים, אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.⁸² איסור נוסף החל על בעל מונופולין הוא על קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות תוך הענקת יתרון בלתי-הוגן ללקוחות מסוימים על מתחריהם.⁸³ נוסף על כך נאסר על מונופול לצמצם צמצום בלתי-סביר של כמות המוצרים הנמכרים או של השירות המסופק.⁸⁴ האיסור המרכזי בסעיף 29א, והרלבנטי מכולם להגשת תביעות ייצוגיות, הוא זה הקבוע בסעיף 29א(1) לחוק – איסור על בעל מונופולין לגבות מחיר בלתי-הוגן עבור המוצר או השירות. השאלה המרכזית לעניין פרשנותו של הסעיף היא אם גבולותיו מסתכמים בהטלת מגבלה על גביית מחירים טורפניים – הווה אומר: רמת מחירים הנמוכה מהמחיר התחרותי, שמטרתה למנוע חדירה של מתחרים חדשים לשוק – או שמא הסעיף אוסר גם על גבייה של מחירים מונופוליסטיים, כלומר: מחירים העולים על מחיר המוצר או השירות בשוק תחרותי. נעיר, כי בהקשר של תביעות ייצוגיות זוהי שאלה ייחודית לדין הישראלי. זאת, משום שהדין האמריקני – המתיר תביעות ייצוגיות הגבליות – אינו אוסר על מונופול לגבות מחיר מונופוליסטי.⁸⁵ מנגד נראה כי הדין האירופי אוסר באופן עקרוני על גבייה של מחירים מונופוליסטיים.⁸⁶ עם זאת, ראוי להעיר שקיימת סברה כי ההגבלה על גביית מחירים מונופוליסטיים חלה רק כשקיים הפרש בין מחירי המוצר במדינות שונות, מה שנתפס על ידי הנציבות האירופית כהפליית מחירים פסולה.⁸⁷ כך או כך, הדין האירופי אינו מתיר בעת הנוכחית הגשה של תביעות ייצוגיות הגבליות, כך שלא ניתן להשתמש בו כמקור להשראה בכל הנוגע לשימוש בכלי

81 אין הכרח להוכיח קיומו של כוח שוק לצורך תחולת החזקות; ראו ה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ. ידיעות הקשורות בע"מ (פסק דין חלקי), רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3006366 (1999).

82 סעיף 29א(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים.

83 סעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים.

84 סעיף 29א(ב)(2) לחוק ההגבלים העסקיים.

85 ראו, למשל, Berkley Photo v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 (2d Cir., 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980), Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis v. Trinko, LLP (S.Ct., January 13, 2004).

86 האיסור על גבייה של מחירים מונופוליסטיים נקבע בדין האירופי לראשונה בעניין General Motors Continental NV v. Commission [1975] ECR 1367 (26/75), Par. 15 נוספים; ראו, למשל, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities [1976] 1 CMLR D28, Par. 100-102.

87 ראו VALENTINE KORAH, AN INTRODUCTORY GUIDE TO EC COMPETITION LAW AND PRACTICE 166 (2004). בקובעה כן המחברת מסתמכת בעיקר על האמור בפסיקה בית הדין האירופי הגבוה לצדק בעניין Lucazeau v. SACEM, (110/88) [1989] ECR 2521.

התובענה הייצוגית לצורך אכיפת האיסור. עם זאת, ניתן בהחלט להיעזר במבחנים שנקבעו בד"ח האירופי לצורך בחינה אם המחיר הוא בלתי-הוגן.⁸⁸

ככל הנראה קיימים שלושה מבחנים עיקריים בסוגיה זו. בעניין *United Brands* בחן בית המשפט האירופי הגבוה לצדק את האפשרות להשתמש במבחן השוואתי, הבחן את מחירי המוצר בשווקים שונים כדי להכריע אם המחיר הוא בלתי-הוגן.⁸⁹ באותו עניין השתמש בית המשפט במחירי הבגנות באירלנד כאינדיקציה לאי-הוגנות המחיר בשווקים אחרים. לנו נראה כי מדובר במבחן ישים במקרים שבהם משווק ביישראל מוצר שכמותו משווקים במדינות שונות בעולם במחירים נמוכים יותר. כך, למשל, בד"ח של משרד התעשייה והמסחר נמצא כי מחיריהם של סכיני הגילוח מוצצות ג'ילט, הנמכרים בארץ ובעולם, עולים בשיעור ניכר על המחירים במרבית המדינות המשתייכות ל-OECD.⁹⁰ מטבע הדברים אין בהפרש המחירים של עצמו כדי לקבוע כי מדובר במחיר בלתי-הוגן, שכן אולי קיימות הצדקות שונות להפרש האמור ובכללן עלויות ייבוא ושיווק בשוק קטן כמו השוק הישראלי.⁹¹ עם זאת, ייתכן שבמקרים מסוג זה – אם מדובר בהפרש מהותי שאינו ניתן להצדקה – די בהפרש המחירים כדי לשמש ראיה לכאורה לקיומו של מחיר העולה על המחיר התחרותי. מבחן השוואתי נוסף הוצע בעניין *Sacem*. על פי מבחן זה ישורה בית המשפט בין המחיר שגובה בעל המנופולין לבין המחיר שגובות חברות אחרות עבור מוצר דומה או זהה בשוק אחר.⁹² מבחן נוסף, שאומץ בעניין *United Brands*, הוא מבחן עלויות הייצור: על פי מבחן זה, מחיר בלתי-הוגן הוא מחיר שההפרש בינו לבין הוצאות הייצור אינו סביר.⁹³ במבחן זה משתמשת גם יחידת הפיקוח על מחירי מוצרים ושירותים במשרד התעשייה והמסחר, בהסתמך על הנתונים שמונופולים מפרקים מחירים להעביר אליהם.⁹⁴ נראה לנו כי מבחן זה עשוי להיות בעייתי ליישום מבחינתו של התובע הייצוגי, שכן יישומו דורש מידע מרוק בדבר עלויות הייצור והשיווק של המוצר. מעבר לכך, מבחן זה כלל אינו מעשי בשווקים מורכבים שבהם המנופוליסט משווק כמה מוצרים ועלות הייצור ושיווק עשויה להתחלק ביניהם באופן שיקשה מאוד לזהות את הנתונים הרלבנטיים למוצר נשוא התביעה. מובן מאליו כי השאלה מהו "מחיר בלתי-הוגן" היא שאלה קרדינלית מבחינתו של

88 ראו לציין כי מידת השימוש באיסור בד"ח האירופי היא נמוכה יחסית; ראו Michal S. Gal, *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?*, 49 THE ANTITRUST BULLETIN 343 (2004).

89 עניין *United brands*, לעיל ה"ש 86.

90 ד"ח המחירים על מוצרי המנופולים (משרד התעשייה והמסחר, 14.3.2005).

91 ראו גל, לעיל ה"ש 88.

92 שם, בעמ' 371.

93 שם.

94 ראו בהקשר זה "ד"ח לכדיקת רווחיות חברות הנמצאות בפיקוח מחירים – לצורך תיקון מחיר בסיסי" (משרד התעשייה והמסחר, פברואר 1996).

התובע הייצוגי ההגבלי, שכן חלק ניכר מהתביעות הייצוגיות שהוגשו מכוח חוק ההגבלים העסקיים הוגשו מכוח סעיף 29א(א) לחוק,⁹⁵ ולא בכדי: לשם הוכחה של עילת תביעה זו המבקש נדרש להוכיח לכאורה כי בשוק מתקיים מונופול, וכי המחיר שהמונופול גובה הוא גבוה מהמחיר שהיה נגבה בשוק תחרותי. הוכחה בדבר קיום מונופול איננה סבוכה במרבית המקרים, וניתן להיעזר לשם כך בקביעות של הממונה על ההגבלים העסקיים. על כך יש להוסיף כי השוק הישראלי משופע במונופולים – מה שמרחיב את אפשרויות התביעה באופן משמעותי ביחס לשווקים אירופיים ואמריקניים. כמו כן, קיימים מקרים רבים שבהם התובע הייצוגי לא יתקשה למצוא אינדיקציות ברורות לגבייה של מחירים מונופוליסטיים בעבר, למשל: שוק שנפתח לתחרות והמחירים בו ירדו באופן משמעותי. דוגמה יפה לכך ניתן למצוא בשוק השיחות הבינלאומיות, שבו ירדו המחירים באופן משמעותי בעקבות פתיחת השוק לתחרות.⁹⁶ בעניין זה אכן הוגשה תביעה ייצוגית נגד בזק, וזעזוע על אישורה מצוי כעת בפתחו של בית המשפט העליון. במקרים אחרים, דוגמת עניין עמלות הסליקה שנדון בפרשת רייס, הממונה על ההגבלים העסקיים (או רגולטור אחר) מתערב במחיר המוצר, מה שמצביע גם כן על כך שהמחיר הקודם הוא מונופוליסטי. על קיומו של מחיר מונופוליסטי ניתן ללמוד גם מדו"חות של משרד התעשייה והמסחר בנושא, המבוססים על השוואות מחירים בין מדינות שונות.

לסיכום: נקל לראות כי אפשרויות התביעה בעילה זו רבות וקורצות, והרווח האפשרי – חלק ניכר מרווחיו המונופוליסטיים של המונופול – רב עד מאוד. כל זאת, עד לפסיקתה של ההלכה בעניין רייס. ראוי להוסיף כי לעומת העילה של מחירים מונופוליסטיים, עילות אחרות מכוח דיני המונופולין הן קשות בהרבה להוכחה. כך, למשל, המשימה להוכיח שנגרם לציבור הרחב נזק עקב סירוב בלתי-סביר לספק מוצר או

95 נוסף על התביעה הייצוגית בעניין רייס ראו גם, למשל, בש"א (י-ם) 568/98 אור"ה – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' המועצה לייצור ולשיווק של ירקות (לא פורסם, 28.2.2002); המ' (מחוזי חי') 23231/97 גרנות נ' חברת החשמל בישראל בע"מ, תק-מח 397 (3) 114 (1997) (טענה כי "המחיר הקבוע" בחשבון החשמל הינו מחיר בלתי-הוגן); ת"א (מחוזי ת"א) 1574/99 אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, תק-מח 2003 (3) 663 (2003) (בפסק הדין נדון מחירה של "חבילת הבסיס" שסיפקו חברות הכבלים טרם כניסת מתחרה חדש לשוק); ת"א (מחוזי ת"א) 2298/01 קו מחשבה בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ, תק-מח 2003 (4) 2222 (2003) (בנוגע למחירי השיחות הבינלאומיות); עניין רייזל, לעיל ה"ש 69 (טענה כי המחיר שנגבה בעבור עמלה בנקאית הוא "בלתי-הוגן"); עניין שאבי, לעיל ה"ש 69; בש"א (מחוזי חי') 6360/98 בוקר נ' מנהל מקרקעי ישראל – מדינת ישראל, תק-מח 2002 (1) 2254 (2002).

96 הממונה על ההגבלים העסקיים, קביעה לפי סעיף 43(א)(5) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; בזק בינלאומי בע"מ – ניצול לרעה של מעמד בשוק, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3010364 (1997).

שירות, או בגין הפליית מחירים, איננה משימה פשוטה כלל ועיקר. בדומה, קיימים קשיים מהותיים להוכיח נזק שנגרם לציבור עקב מחירים טורפניים.⁹⁷ בעניין רייס, השופט נאור הייתה נכונה להניח כי סעיף 29 אכן אוסר על גבייה של מחירים מונופוליסטיים. עם זאת, מדובר בהכרעה אגבית בלבד, ודומה כי שאלה זו נותרה פתוחה ומטבע הדברים תידון שנית בעתיד בבוא העת.⁹⁸ באופן עקרוני אנו סבורים כי השאלה אם מחיר מונופוליסטי הוא בלתי-הוגן היא שאלה שבמדיניות משפטית. מבלי להכריע בדבר אנו סבורים כי ייתכנו מקרים שבהם גבייה של מחירים העולים על שיעור המחיר התחרותי לא תהא בלתי-הוגנת. מקרה כזה ייתכן, למשל, כשהגבייה של המחיר המונופוליסטי נדרשת כדי להחזיר את השקעת המונופוליסט בפיתוח המוצר. מקרים אלו נפוצים בעיקר במוצרים המעריכים זכויות של קניין רוחני. בדומה, ייתכן כי ראוי להבחין בין בעל מונופולין המרוויח את מעמדו בשוק בזכות לאחר שגבר על מתחריו והעניק ללקוח מוצר או שירות עדיפים, לבין בעל מונופולין שהשיג את מעמדו מכוח חוק, מיזוג או הסדר כובל.⁹⁹ נוסף על כך, כלל לא בטוח כי במקרים שבהם מחיר מונופוליסטי הוא בלתי-הוגן דווקא מחיר השוק הוא המחיר ההוגן. השאלה מה הם שולי רווח "הוגנים" היא שאלה נוספת שעל בתי המשפט לבחון בנסיבותיו של כל מקרה.¹⁰⁰ עם זאת, באופן עקרוני נראית לנו עמדתה של מיכל גל, שלפיה גבייה של מחירים מונופוליסטיים אסורה על פי סעיף 29 לחוק.¹⁰¹ אנו סבורים כי בכלכלה קטנה ככלכלת ישראל ייתכנו מקרים רבים שבהם אין בכוחה של היד הנעלמה להוריד את המונופוליסט ממעמדו.¹⁰² במקרים אלו אין כל הצדקה – מטעמי יעילות ומטעמים של צדק והגנות – להחזיר למונופול להתעשר על חשבון הצרכן. כך או כך, מעבר לעמדתנו העקרונית בנושא, אנו סבורים כי מדובר בסוגיה מורכבת הראויה לדיון מפורט החורג מגבולותיה של רשימה זו.

(ג) מיזוג שלא כדין

קיימים שלושה מצבים שבהם מיזוג חברות מותנה בקבלת אישור מוקדם מצד הממונה על ההגבלים העסקיים: המצב הראשון הוא זה שבו כתוצאה מהמיזוג ייווצר בשוק גוף

97 בפני בית המשפט העליון עומדים ערעורים בנוגע לבקשות נוספות שאושרו תחת ההנחה כי מחיר מונופוליסטי הוא בלתי-הוגן. נראה כי המשמעותית שבהן היא התביעה בקו מחשבה בע"מ, לעיל ה"ש 95, שם נטען כי מחירי השיחות הבינלאומיות היוו מחיר בלתי-הוגן טרם כניסתם לשוק של מתחרים חדשים.

98 וראו בהקשר זה ה"ע (מחוזי י-ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2004(2) 1724, בפסקה 100 לפסק הדין (2004).

99 גל, לעיל ה"ש 80.

100 שם.

101 שם, בעמ' 3.

המהווה מונופול כמשמעותו בחוק;¹⁰² במצב השני מחזור המכירות של החברות המתמזגות בשנת המאזן שקדמה למיזוג עולה על 50 מיליון ש"ח;¹⁰³ במצב השלישי אחת החברות המתמזגות היא מונופול.¹⁰⁴

החוק מגדיר "מיזוג" באופן רחב. כך, למשל, מיזוג כולל גם רכישה של עיקר נכסיה של חברה אחרת וכן רכישה של הון מניות המעניק לחברה הרוכשת יותר מרבע מהערך הנקוב של הון המניות המוצא, או מכוח ההצבעה או מהכוח למנות יותר מרבע מהדירקטורים, או השתתפות ביותר מרבע ברווחי החברה.¹⁰⁵ המבחן לעניין מיזוג הוא מהותי, ומבוסס על בחינת השליטה בחברות המתמזגות.¹⁰⁶ כך, למשל, בעניין זלקינד נקבע כי גם רכישה של חברה על ידי אדם באופן אישי – ולא באמצעות חברה – היא בגדר מיזוג.¹⁰⁷ על פי החוק, התמזגות שלא כדין היא עוולה נזיקית שבגינה זכאי הנפגע להגיש תביעה ייצוגית. עם זאת, ככל שידוע לנו טרם הוגשו תביעות ייצוגיות בעילה של מיזוג שלא כדין. ייתכן כי הסיבה לכך היא שבמרבית המקרים קיים קושי אובייקטיבי להעריך את הנזק שנגרם בשל מיזוג שלא כדין, שהוא ספקולטיבי באופיו. נוסף על כך נראה כי למרבית המיזוגים קיימים יתרונות מבחינת היעילות המצרפית, מה שמקשה עוד יותר על התובע הייצוגי שיידרש לאזן בין יתרונות אלו לבין הפגיעה שנגרמה לתחרות החופשית. עוד ייתכן, כי מרבית עסקאות המיזוג שנערכו שלא כדין, שעליהן נודע לציבור, נתגלו על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים וטופלו עוד בטרם נגרם נזק משמעותי – שניתן לתבוע בגינו – לציבור.

3. קיומה של עילת תביעה אישית לתובע הייצוגי

הדרישה כי למבקש לשמש תובע ייצוגי תעמוד עילת תביעה אישית היא הדרישה המשמעותית ביותר מבין הדרישות המנויות בחוק, והיא זו שבדרך כלל עומדת לרועץ בדרכו של התובע הייצוגי אל אישור התביעה.¹⁰⁸ למעשה, דרישה זו משמעותה כי אין די

102 סעיף 17(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים.

103 סעיף 17(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים.

104 סעיף 17(א)(3) לחוק ההגבלים העסקיים.

105 סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים.

106 החלטת הממונה כי מימוש אופציות למניות כוד תעשיית בע"מ על ידי קבוצת בנק הפועלים מהווה מיזוג, רשות ההגבלים העסקיים, פרטום 3001319 (1996).

107 החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין "רכישת מניות נחושתן על ידי מר גרשון זלקינד" – ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה ופסקי דין א 123 (1992).

108 בפרט הדבר נכון בתביעות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248, המבוססות על קיום הטעיה כמשמעותה באותו חוק. בעניין ברזני, לעיל ה"ש 1, קבע בית המשפט העליון כי על התובע הייצוגי להראות כי נגרם לו נזק, וחשוב מכך – כי הנזק נגרם בשל הסתמכותו על המצג המטעה.

בכך שהתובע הייצוגי יראה שהנתבע ביצע עוולה הגבלית – עליו להראות כי הנתבע עיוול כלפיו באופן אישי וכי נגרם לו נזק כתוצאה מכך. כך, למשל, אין די בהוכחה לכאורה כי פירמות הפועלות בשוק יצרו קרטל, ועל התובע הייצוגי להראות כי הוא הושפע מהקרטל באופן אישי וכי הוא ניזוק כתוצאה מכך. כפי שהובהר לעיל, הדרישה להוכחתה של עילת תביעה אישית היא שעמדה בסופו של יום בעוכריו של התובע הייצוגי בעניין ריסי, שכן בית המשפט שם היה נכון להניח כי בין שניים מהבנקים התקיים הסדר כובל הנוגע להפעלה של מנפיקות כרטיסי האשראי שבבעלותם. עם זאת, הערעור על קבלת הבקשה התקבל משום שלשיטתה של השופטת נאור התובע הייצוגי לא הבהיר באופן מספק את הנזק שנגרם לו עקב ההסדר הכובל.¹⁰⁹

תנאי מקדמי לקיומה של עילת תביעה אישית הוא שעומדת לקבוצת התובעים כמכלול עילת תביעה נגד הנתבע. ברי, שאם ימצא כי אין פסול במעשיו של הנתבע וכי עילת תביעה לקבוצה אינה קיימת, כי אז מטבעם של דברים גם התובע הייצוגי נעדר זכות תביעה. הדרישה לעילת תביעה אישית מתחלקת לשניים: ראשית, על המבקש להראות כי הוא משתייך לקבוצת התובעים שעומדת להם עילת תביעה כנגד המבקש. כך, למשל, אם נטען כי הנתבע – מונופוליסט – גבה מחיר בלתי-הוגן עבור מוצר, על המבקש להראות כי הוא נכלל בקבוצה כמי שרכש את המוצר נשוא התביעה. בדומה, אם עילת התביעה היא סירוב בלתי-סביר לספק שירות, על המבקש להראות כי הוא ביקש לרכוש את השירות וסורב על ידי המונופוליסט באופן בלתי-סביר. שנית, על המבקש להראות כי בשל השתייכותו לקבוצת התובעים נגרם לו נזק. דרישה זו מעוררת במרבית המקרים קשיים ניכרים. בכל הנוגע לדרישה להוכחת נזק בשל קיומה של עוולה הגבלית, עולות בדרך כלל שתי שאלות מרכזיות: האחת – כיצד על התובע הייצוגי להוכיח כי נגרם לו נזק, ועד לאיזו מידה הוא מחויב להוכיח את שיעורו; השאלה האחרת עניינה בטענה המושמעת לעתים קרובות והיא שהתובע הייצוגי הצליח לגלגל הלאה את נזקיו ועל כן לא נגרם לו כל נזק.¹¹⁰ בשתי שאלות אלו הכריעה השופטת נאור לחובתו של ריסי. לנו נראה כי בשני המקרים היה מקום לאמץ גישה מקלה יותר ולהתיר את המשך ניהול התביעה הייצוגית.

(א) הוכחת הנזק וכימותו

כנקודת מוצא, מקובל עלינו כי על התובע הייצוגי להראות שנגרם לו נזק; זאת ועוד: כאשר מדובר בעילת התביעה של מחיר בלתי-הוגן, עילת התביעה והשאלה של גרימת הנזק שזורות יחדיו בקשר שאינו ברי-ניתוק. עם זאת נראה לנו שיש מקום להקל על התובע הייצוגי בשתי סוגיות חשובות: ראשית – כאשר מוכח קיומו של נזק כלשהו,

109 עניין ריסי-עליון, לעיל ה"ש 8.

110 ואם מדובר בתובע עקיף יכולה להישמע הטענה ההפוכה, שלפיה התובע הישיר הוא שספג את הנזק ולא הצליח לגלגלו הלאה.

לדעתנו אין מקום לצפות מהתובע הייצוגי לכמתו במדויק; שנית, לדעתנו, הדרישה לכימות הנזק – להבדיל מהוכחה כי נגרם נזק כלשהו – מקומה בשלב ניהול התביעה ולא בשלב הבקשה לאישורה כייצוגית. כפי שיובהר להלן, להבחנה זו קיימת חשיבות קרדינלית.

ראוי להוסיף כי חוק תובענות ייצוגיות, שנחקק לאחרונה, קובע במפורש, בסעיף 4(ב), כי בשלב הבקשה לאישור על התובע הייצוגי להוכיח גרימה של נזק ברמה לכאורית בלבד:

לענין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק –

(1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק; (ההדגשה הוספה)

אנו סבורים כי חידוש זה של החוק מעניק חיזוק לפרשנות שאנו מציעים, המקלה כאמור עם התובע הייצוגי לעומת העמדה הקשיחה שנקבעה בעניין רייס.

באשר להוכחת גרימתו של נזק, אנו סבורים שכאשר מוכח כי חברות במשק קיימו ביניהן הסדר כובל לעניין מחיר המוצר או הסדר חמור אחר, או כי מונופול ביצע פעולות אנטי-תחרותיות משמעותיות – קמה חזקה ולפיה בשל ביצוע פעילות אנטי-תחרותית כה חריפה סבל התובע הייצוגי נזק כלשהו, אם רכש את המוצר או את השירות נשוא אותה פעילות. זוהי הגישה המקובלת בפסיקתם של בתי המשפט האמריקניים,¹¹¹ וזו גם הגישה שאימץ בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין בורוביץ.¹¹² באותו עניין דן בית המשפט העליון בערעורם של הנאשמים בפרשת קרטל חברות הביטוח (להלן: פרשת הפניקס). טענתם של חברי הקרטל הייתה כי המדינה כשלה בהוכחת גרימתו של נזק לציבור כפועל יוצא מקיזמו של הקרטל. אם היה בית המשפט מקבל טענה זו, ייתכן שהצדדים להסדר היו חוסים תחת הגנת "זוטי הדברים",¹¹³ אך בית המשפט העליון דחה

111 HERBART HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY 597 (2nd ed. 1999)

112 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, תק-על 2005(1) 4756 (2005).

113 הגנת זוטי הדברים במשפט הפלילי, הקבוצה בסעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ס"ח 226, קובעת כי הנאשם פטור מאחריות למעשהו הפלילי "אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי הוא קל ערך". הנאשמים טענו כי משום שלא הוכחה פגיעתו של ההסדר בתחרות הרי שמעשיהם חוסים תחת ההגנה (פרשת הפניקס, לעיל ה"ש 112, בפס' 184). לשימוש בכלל זוטי הדברים בהליכים פליליים הנוגעים להסדר כובל ראו גם ע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721 (2003); ת"פ (מחוזי י-ם) 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ, פ"מ תשס"ב (1) 493, בפסקה 127 (2002). יש לציין, כי נעשה שימוש בכלל זוטי הדברים גם כשנטענות טענות של הסדר כובל על ידי צדדים להסדר; ראו, למשל, ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נב(3) 145, 172 (2004); ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590 (2004) וכן רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח(2) 634 (2004). מנגד ראו את

טענה זו וקבע שקיימת חזקה – שהמעוול ההגבלי נדרש לסתור – ולפיה יש בקרטל חמור לחיאום מחירים כדי לגרום נזק לצרכן (בפסקה 55 לפסק הדין):

ההנחה כי הסדרים כובלים כה בוטים ורחבי היקף כמו אלו שהתגלו בתיק זה, בענף מרכזי במשק הנוגע במישרין לכל אורח כמעט, לא פגעו כלל במשק ובצרכנים, היא הנחה מרחיקת לכת. אין היא יכולה להתבסס על קיומם של מחדלי חקירה בלבד, שכן אלה אינם יוצרים ספק סביר בדבר אפשרות קיומה. על המערערים היה איפוא להוכיח באופן פוזיטיבי לוא רצו בכך, אך את זאת הם לא עשו.

ובפסקה 191 לפסק הדין:

לפנים מן הצורך נוסף, כי הדעת לכאורה נותנת שאמנם נגרם לציבור המבוטחים נזק ממשי. כך לכאורה מתחייב מריבוי ההסדרים, שהקיפו תחומי ביטוח חיוניים לחלקים נרחבים באוכלוסיה הכללית, ומן האמצעים שננקטו לאכיפתם הרחבה...

נראה לנו כי דברים אלו יש ליישם – וביתר שאת, ומבחינת קל וחומר – כאשר עסקינן בפן האכיפה האזרחי של חוק ההגבלים העסקיים. ההנחה כי קרטל מחירים בין חברות בשוק אוליגופוליסטי משפיע בצורה שלילית על רווחת הצרכן היא מתבקשת מאליה; אם הנתבע סבור שלצרכן לא נגרם כל נזק – עליו להביא ראיות להוכיח זאת. לא כך עשו חברות האשראי והבנקים בעניין רייס, שם נמנעו מריביתם מהצגת תצהירים בכלל.¹¹⁴ נראה לנו, כי במקרים שבהם התובע הייצוגי מביא ראיות לכאורה להתקיימותה של עוולה הגבלית מסוג "קשה", הרי שהנטל להוכיח כי לא נגרם לצרכן נזק בשל ביצוע העוולה צריך לעבור לכתפיו של המעוול. ניתן להצדיק גישה זו בכמה נימוקים. ראשית – וכפי שקבע גם בית המשפט בפרשת הפניקס – הדעת נותנת כי מקום שבו מוכח כי בוצעה עוולה הגבלית, מטרת המעוולים היא השגת רווחים על-תחרותיים על חשבון הצרכן. בלא רווחים כאלה אין כל תועלת בהפרת הוראות החוק תוך הסתכנות בענישה פלילית. שנית, הותרת הנטל להוכיח גרימה בפועל של נזק תערים קשיים מרובים מדי על תובעים ייצוגיים בשלב הבקשה לאישור התביעה כייצוגית, בזמן שמרכיב המידע הרלבנטי מצוי ממילא בידיו של הנתבע. הצורך בהגשת חוות-דעת כלכלית היפותטית (המחייבת הכרה מעמיקה וייחודית של השוק הרלבנטי) מהווה, לדעתנו, חסם משמעותי

פסק דינו של השופט צדאל בה"ע (מחוזי י-ם) 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, 100 הגבלים עסקיים 3004577 (1999), המטיל ספק באפשרות להשתמש בכלל במישור האזרחי. לניתוח הסוגיה ראו גם אמיר ישראלי "תחרות בלי ערכים או תחרות בין ערכים? טענות של הסדר כובל המועלות בידי צד להסדר" דין ודברים ב 297 (2006).
114 רייס-עליון, לעיל ה"ש 8, בפסקה 5.

מאוד עבור תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. שלישית, אנו סבורים כי שיקולים של הרתעה ושל מדיניות משפטית ראויה תומכים בפתרון משפטי אשר יקל על תובע ייצוגי שיצליח להוכיח כי בוצעה עבירה על הוראות החוק; פתרון משפטי המותיר למעוול פתח להתחמק מאחריות בגין עוולתו איננו רצוי. בהקשר זה ראוי להוסיף, כי הרשות להגבלים עסקיים הציעה בעת האחרונה להוסיף לחוק ההגבלים העסקיים סעיף המתיר קבלת פיצוי נזיקי ללא הוכחת נזק אם הוכח כי בוצעה עוולה הגבלית.¹¹⁵ ללא חקיקה אין לאמץ פתרון זה לעניין תביעות ייצוגיות. מנגד, בהחלט נראה לנו כי העברת נטל ההוכחה לכתפיו של הנתבע ההגבלי – כאשר התובע הייצוגי מוכיח כי בוצעה כלפיו עוולה חמורה – הינו דין רצוי העולה בקנה אחד עם לשון החוק ועם תכליתו.

נעיר, כי ייתכן שניתן להגיע לתוצאה זוהי תוך שימוש בחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) ובסעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים. כאשר מדובר במקרה הנופל תחת החזקות החלוטות, הנחת העבודה של המחוקק היא כי מדובר בפרקטיקה אסורה הפוגעת בתחרות החופשית מעצם טיבה וטבעה. נראה לנו, כי במידה ותובע ייצוגי מוכיח כי עומדת לו עילה הנופלת לגדרי החזקות החלוטות, ניתן להניח כי הוא ספג נזק כלשהו בעטייה. גישה דומה נקטו בתי המשפט בארצות-הברית, בקובעם כי קיימת הנחה שלפיה פרקטיקות הנכללות בכלל ה־per-se האמריקני גורמות נזק לתובע ההגבלי.¹¹⁶ עם זאת, בשל נוסחן הכוללני של החזקות החלוטות והפרשנות הרחבה שניתנה להן בפסיקה, נראה לנו כי ראוי להגביל את "חזקת הפגיעה" ולהימנע מהחלתה לגבי כלל המקרים הקבועים בחזקות החלוטות. לנו נראה, כי את "חזקת הפגיעה" יש לצמצם לאותן פרקטיקות שעל פניהן ברור כי גרמו לצרכן נזק, כדוגמת הסדרים כובלים "קשים" ופעילות מונופוליסטית נטולת רציונלים לגיטימיים, למשל: הפליה בהספקת המוצר בין לקוחות המצויים בעמדה זהה או פגיעה מכוונת באיכות המוצר (כגון עיכוב מכוח של פיתוח טכנולוגי). לעומת זאת, לעתים, בצידן של פעולות שחוק ההגבלים העסקיים אוסר לכאורה, קיימים גם אלמנטים המגבירים את יעילותן של הפירמות המעורבות ותורמים במישורן להגברת היעילות במשק ובעקיפין גם לרווחת הצרכן. המקרים הבולטים ביותר הם מיזמים משותפים ומיזוגים. אכן, לצד הפגיעה בצרכן הנגרמת בשל הגברת הריכוזיות בשוק, פרקטיקות כגון מיזוג ומיזם משותף מגבירות את יעילותן של הפירמות המעורבות ומאפשרות להן לשפר את איכות המוצר ולהוריד את מחירו. במקרים אלו נקבע בפסיקה האמריקנית כי אין די בהוכחה שבוצעה עוולה ושעל המבקש להראות כי נגרמה לו "פגיעה הגבלית", הווה אומר: פגיעה מהסוג שחוק ההגבלים העסקיים נועד למנוע.¹¹⁷ דוקטרינת הפגיעה ההגבלית מחייבת את בתי המשפט לנתח את הפרקטיקה האנטי-

115 מבוסס על דברים שנאמרו בכנס העשור להיווסדה של הרשות להגבלים עסקיים (פברואר 2005).

116 HOVENKAMP, לעיל ה"ש 111.

117 שם, בעמ' 395.

תחרותית נשוא התביעה, ולהכריע אם השפעתה השלילית על התחרות גוברת על הרציונלים החיוביים העומדים בבסיסה. כך למשל, בעניין *Cargill* טען התובע כי התובע, יצרן של קופסאות שימורים לאכסון בשר, התמוג עם שניים ממתחריו.¹¹⁸ המבקש טען כי המיזוג אפשר לפירמות המתמזגות לגבות מחירים אוליגופוליסטיים, כאשר בשלב הראשון היה ביכולתם להוריד את מחירים ולגרום ליציאתם של יתר המתחרים מהשוק. בית המשפט סירב לקבל את התביעה וקבע כי מדובר במיזוג בעל יתרונות פרד-תחרותיים, שכן הוא מאפשר לפירמות המעורבות בו להתייעל. מנגד, בעניין *Tasty Bankings* ניתנה אפשרות לתבוע כאשר בעקבות המיזוג הצטבר בידי החברות המתמזגות נתח שוק של 78%, והוכח כי המטרה העיקרית ביסוד המיזוג הייתה למנוע תחרות בשוק ולאחר מכן להעלות את מחיר המוצר.¹¹⁹ כאמור, במקרים אלו אנו סבורים שאין להשתמש ב"חזקת הפגיעה", ושכדי להוכיח קיומו של נזק על המבקש להראות כי הנזק שנגרם בשל פעילותם של הנתבעים עולה על יתרונותיה.

כאמור לעיל, אנו סבורים כי בשלב הבקשה לאישור תביעה כייצוגית יש להקל עם התובע הייצוגי בנוגע לדרישה להוכחת הנזק כמפורט לעיל. נוסף על כך, את שאלת כימותו של הנזק – להבדיל מהוכחה כי נגרם נזק כלשהו – יש להותיר לשלב ניהול התביעה לאחר אישורה. במילים אחרות: לדעתנו, בשלב הבקשה לאישור יש להוכיח לכאורה כי נגרם נזק, אך את חישוב הנזק יש להותיר לשלב ניהול התביעה לאחר האישור. בשלב ניהול התביעה יידרש בית המשפט להכריע בשאלת הסעדים שחברי הקבוצה והתובע הייצוגי עצמו זכאים להם. אנו סבורים כי שלב ניהול התביעה הוא השלב שבו ראוי להכריע בדבר שיעור הנזק שנגרם לצרכן, וזאת משני נימוקים עיקריים. ראשית, בשלב ניהול התביעה – ובניגוד לשלב אישורה כייצוגית – הצדדים מחויבים בגילוי מסמכים מלא שעשוי להאיר את עיני בית המשפט בנוגע למידת הנזק שנגרם לחברי הקבוצה. שנית, כאשר קיים קושי בכימות הנזק, בסמכותו של בית המשפט למנות מומחה מטעמו שזהו תפקידו, נוסף על מומחים מטעם הצדדים או במקומם.¹²⁰ כך, למשל, בעניין ראבי נ' תנובה מונה מומחה לשיווק שתפקידו היה להעריך את גודל הקבוצה שרכשה חלב עמיד מתוצרת תנובה, בתקופה הרלבנטית לתביעה, בהסתמך על נתוני שיווק המצויים בידיה של תנובה.¹²¹

השאלה עד איזו רמת דיוק יש להגיע בכימותו של הנזק היא כמובן משמעותית מאוד. במשפט האמריקני, כדי לזכות בפיצוי נזיקי ובפיצוי עונשי, נדרש התובע הייצוגי להוכיח – כאמור, בכפוף ל"חזקת הפגיעה" שבהתקיימה הוא פטור מלעשות כן – כי נגרם לו נזק

118. *Cargill v. Monfort of Colo Inc.*, 479 U.S. 104 (1986).

119. *Tasty Bankings Co. v. Ralston Purina Inc.*, 653 F.Supp. 1250, 1271 (1987).

120. תקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ק"ת 4685.

121. ת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, תק-מח 2004 (3) 150 (2004).

כלשהו וכי הנזק נגרם בשל מעשיו של הנזכר.¹²² עם זאת, אם הצליח התובע להוכיח כי נגרם לו נזק לא מוטלת עליו חובה להוכיח במדויק את שיעורו, וחבר המושבעים רשאי לפסוק נזק על בסיס הערכה סבירה של המידע שבידו.¹²³ הרציונל מאחורי גישה זו הוא כי מורכבות העוולה ההגבלית מקשה במרבית המקרים על הוכחה מדויקת של הנזק. אם יידרש התובע הייצוגי להוכיח במדויק את שיעור הנזק, הדבר יגרום להסרת אחריות מעל מעוולים מהסוג החמור ביותר. בעניין *Bigelow* היטיב בית המשפט העליון האמריקני להצדיק את הרציונל לכלל המרוכך להוכחת הנזק:¹²⁴

Any other Rule would enable the wrongdoer to profit by his wrongdoing at the expense of his victim. It would be an inducement to make wrongdoing so effective and complete in every case as to preclude any recovery, by rendering the measure of damages uncertain. Failure to apply it would mean that the more grievous the wrong done, the less likelihood there would be a recovery.

אנו סבורים כי על בתי המשפט בישראל לאמץ את הגישה האמריקנית לעניין זה. הוכחה מדויקת של הנזק שנגרם בשל ביצוע העוולה ההגבלית היא במקרים רבים בלתי אפשרית, וזאת בשל מורכבות העוולות ואופיו הספקולטיבי של הנזק שנגרם. נראה לנו כי מתן פטור למעוול הגבלי – רק משום שקיים קושי אובייקטיבי להעריך את שיעור הנזק – אינו רצוי ואינו מתיישב עם תכלית החוק ועם הצורך בהרתעה אפקטיבית. כמו כן, בסמכותו של בית המשפט לפסוק פיצוי לטובת הקבוצה גם כשקיים קושי להעריך במדויק את הנזק שנגרם לתובע הייצוגי. מקור לסמכות זו ניתן למצוא בסעיף 46ט(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, המאפשר פסיקת פיצוי לטובת הציבור או הקבוצה כשפיצויים אישיים לחברי הקבוצה אינם מעשיים מכל סיבה שהיא.¹²⁵ נראה לנו, כי מנגנון זה מאפשר פסיקת פיצוי על בסיס הנזק המשוער שנגרם לחברי הקבוצה, על סמך חוות דעת כלכלית של מומחה מטעם בית המשפט או בהסתמך על המידע שיציגו הצדדים.

(ב) תובעים ישירים ועקיפים

סוגיה חשובה לא פחות לעניין קיומה של זכות תביעה הגבלית עניינה סוג התובעים

Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc., 327 U.S. 251, 264 (1946), *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, 282 U.S. 555, 562 (1931), *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*, 370 U.S. 690, 696 (1962).

¹²³ עניין *Story Parchment Co.*, שם, בעמ' 563-566; עניין *Bigelow*, שם, בעמ' 264. ראו גם AREEDA & KAPLOW, לעיל ה"ש 30, בעמ' 74.

¹²⁴ עניין *Bigelow*, לעיל ה"ש 122, בעמ' 264.

¹²⁵ מנגנון פיצוי לטובת הציבור נכלל כיום בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

הרשאים להגיש תביעה ייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים. תובעים אלו יכולים להיות תובעים ישירים, הווה אומר: גופים המצויים בקשר עסקי עם הנתבע והרוכשים ממנו את מוצריו, ויכולים הם להיות תובעים עקיפים, הווה אומר: תובעים הרוכשים את המוצר דרך משווק (או דרך גורם מתווך אחר) אך לא במישרין מהנתבע. במקרים אלו, עשויה להיטען הטענה כי התובעים הישירים הצליחו לגלגל את נזקם הלאה אל התובעים העקיפים ועל כן לא נגרם להם כל נזק. בחלק גדול מהתביעות הייצוגיות שהוגשו בישראל היו קיימים תובעים עקיפים נוסף על התובעים הישירים שבשםם הוגשה התביעה.¹²⁶ בעניין רייס הוגשה התביעה הייצוגית על ידי תובעים ישירים – סוחרים שהתקשרו חוזית עם חברות האשראי ונשאו בעמלת הסליקה. טענתן של חברות האשראי הייתה כי ייתכן שאת שיעור עמלת הסליקה הצליחו חברי הקבוצה לגלגל הלאה אל תובעים עקיפים – הצרכנים ששילמו באשראי עבור המוצרים שבגינם נגבתה עמלת הסליקה מחברי קבוצת התובעים. השופטת נאור קיבלה טענה זו בפסק דינה:

בפרק זה אני כי רייס הצליח להוכיח שאכן עמלת בית העסק שגבו ממנו ומחברי הקבוצה היא מוגזמת או בלתי הוגנת... גם תחת הנחה זו רואה אני קושי באישור התביעה האישית וממילא כתובעה ייצוגית. הקושי נובע מכך שאין המדובר בנזק (יהא אשר יהא היקפו) הו נשאו העסקים לבדם. זהו נזק שחלקו לפחות מגולגל על הלקוחות (לאו דווקא הלקוחות המשתמשים בכרטיסי אשראי)... בלשון פרופ' לבי-הרי, את הנזק הנובע מעמלות מופרזות "אין ספק שכקולקטיב החברה הישראלית שלמה את זה....

פסיקתה של השופטת נאור, שקיבלה כאמור את טענת גלגול הנזק, משמעותה למעשה מכת מוות למרבית התביעות הייצוגיות ההגבליות. אמנם נכון כי מבחינה כלכלית ייתכן שחלק מבעלי העסקים הצליחו לגלגל את מחיר העמלות אל צרכניהם; עם זאת ברור כי המשימה לחשב מהו שיעור הנזק שגולגל איננה מעשית. אם ניקח את עובדות המקרה בעניין רייס, הרי שכדי לחשב את הסכום שגולגל הלאה אל הצרכן הסופי יש לערוך ניתוח כלכלי של מרבית השווקים במשק, שכן מטבע הדברים היכולת לגלגל את הנזק אל הצרכן משתנה מענף לענף, וקבוצת התובעים באותו עניין כללה את מרבית העוסקים במשק (בענפים שונים) המעניקים לצרכניהם את האפשרות להשתמש בכרטיסי אשראי. בקושי זה נתקל בית המשפט העליון האמריקני בפסק הדין בעניין *Hanover Shoe*.¹²⁷

126 כך למשל, בבש"א אור"ה, לעיל ה"ש 95, הוגשה תביעה ייצוגית בשםם של כלל החקלאים בארץ נגד המועצה לייצור ולשיווק של ירקות. התובעים העקיפים באותו עניין הם הצרכנים שרכשו את מוצרי החקלאות מהחקלאים.

127 *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

באותו עניין טען מונופוליסט המייצר מכונות כי יצרן נעליים שרכש ממנו מכונות אינו בעל זכות תביעה משום שהנזק "גולגל" הלאה אל הצרכן הסופי. בית המשפט דחה טענה זו משיקולי מדיניות: נקבע, כי מתן אפשרות להעלות טענה שכזו יסבך באופן משמעותי את ההליך ההגבלי וירתיע תובעים הגבליים מפני הגשת תביעות ייצוגיות, החינויות לצורך הרחעת מעוולים.¹²⁸ נראה לנו כי ראוי לאמץ גישה זו של בית המשפט העליון האמריקני. מתן אפשרות לנתבע לטעון טענה של "גלגול נזקים" תעמים קשיים משמעותיים על התובע ההגבלי הייצוגי, כמו על כל תובע הגבלי אחר. תוצאה זו היא איננה רצויה, מכמה סיבות. ראשית, תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים היא שמירה על התחרות החופשית. קבלה של טענה בדבר גלגול הנזק עומדת בסתירה לתכלית החוק, ומעודדת מעוולים הגבליים להמשיך ולפעול תוך ידיעה כי יקשה על המבקש להיפרע מהם לעשות כן. שנית, ראוי לעודד תובעים ישירים לתבוע בהתאם לחוק, משום שמטבע הדברים הם בעלי הידע והיכולת להוכיח את ביצוע העוולה בשל הקשרים העסקיים ישירים שלהם עם המעוולים, וכן בשל ההשפעה הישירה של העוולה עליהם. תובעים ישירים הם "מאתרי העוולות" הטובים ביותר, ועל כן ראוי להתיר דווקא להם את זכות התביעה. שלישית, מעת שבוצעה עוולה הגבלית אין למעוול זכות להחזיק בכספים שהשיג שלא כדין. אם הכספים אכן גולגלו הלאה אל תובעים עקיפים, ייתכן שעומדת לתובעים העקיפים זכות תביעה מכוח דיני עשיית עושר אל מול התובעים הישירים. עם זאת, אין אנו סבורים כי יש בכך משום פגיעה בזכותם של התובעים הישירים לתבוע השבה מלאה של הנזק. יוער, כי לבית המשפט קיימת סמכות לפסוק פיצוי לטובת הציבור בכללותו מכוח סעיף 46ט(ב), המצוי כיום גם בהוראות חוק תובענות ייצוגיות: כאשר בית המשפט סבור שהכספים אכן גולגלו הלאה, בסמכותו להורות שחלק מהכספים שהשיג המעוול שלא כדין ישמשו למטרה ציבורית תחת העברתם במלואם אל קבוצת התובעים הישירים.

מבחינה משפטית אנו סבורים כי ניתן לעגן את ההלכה שאימץ כאמור בית המשפט האמריקני תוך שימוש בדוקטרינת המניעות (השתק), וזאת במטרה למנוע מנתבע הגבלי את האפשרות לטעון מלכתחילה את טענת גלגול הנזק. טענת המניעות נועדה למנוע תוצאה בלתי-צודקת המתחייבת לכאורה מן הדין, וזאת באמצעות השתקתם בנסיבות מסוימות של המתדיינים מלטעון בבית המשפט טענות משפטיות ועובדתיות הנכונות כשלעצמן.¹²⁹ בטענת המניעות נעשה שימוש בפסיקות המתקשרות לדיני ההגבלים העסקיים¹³⁰ וכן במקרים רבים נוספים,¹³¹ ונראה לנו כי היא הולמת גם את הסיטואציה בה עסקינן.

128 שם.

129 ראו דבריה של השופטת דורנר בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 741 (1996).

130 לשימוש בהלכת המניעות בהקשר של טענות של הסדר כובל שמעלים צודים להסדר ראו, למשל, עמדתו של השופט חיים כהן בע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה (1) 824 (1971);

שאלה בעייתית בהרבה נוגעת לזכותם של תובעים עקיפים לתבוע את המעוול ההגבלי.¹³² שאלה זו עמדה במחלוקת בפסיקת בתי המשפט השונים בארצות-הברית. בעניין *Illinois Brick* קבע בית המשפט העליון האמריקני כי תובע הגבלי עקיף נעדר זכות תביעה כלפי המעוול.¹³³ ביסוד החלטתו של בית המשפט עמד החשש כי הנתבע ההגבלי יעמוד בפני חבות כפולה כלפי תובע ישיר ותובע עקיף.¹³⁴ בהתבסס על ההנמקה בעניין *Hanover Shoe* הוסיף בית המשפט כי אכיפה אפקטיבית יותר של דיני ההגבלים העסקיים תיווצר כשתיתן לתובע הישיר אפשרות לתבוע עבור הנזק בכללותו.¹³⁵ עם זאת, ספק רב אם הנמקה זו משכנעת בכל מקרה ומקרה. ההיסטוריה מלמדת כי הלכת *Illinois Brick* היוותה במשך השנים חסם משמעותי בפני הגשת תביעות ייצוגיות הגבליות.¹³⁶ בפרט קיימת בעייתיות במקרים שבהם התובע הישיר נמנע – מסיבות השמורות עמו – מהגשת תביעה הגבלית והעדיף להמשיך לנהל עסקים עם הנתבע. במקרים אלו, בהיעדר אפשרות לתובע העקיף לתבוע, הנתבע יתחמק מאחריות בגין מעשיו. עם זאת, ראוי לציין כי להלכת *Illinois Brick* נקבעו כמה סייגים. כך, למשל, הותר לתובע עקיף להגיש תביעה ייצוגית כשהתובע הישיר נשלט על ידי המעוול או נמצא בבעלותו, ומסיבה זו הוא נמנע מהגשת תביעה ייצוגית.¹³⁷ בדומה, הותר לתובע עקיף להגיש תביעה כשהתובע הישיר

עמדתם של השופטים טירקל ואריאל ברע"א 2059/98 וולטה ייצוב קרקע נ' P.R.S. מדיטרנין בע"מ, פ"ד נב(4) 721 (1998); דבריו של הנשיא ברק ברע"א 3031/97 אור שיוק והפצת סיגריות (1992) בע"מ נ' ש. שמי בע"מ, תק-על 746 (2) 97 (1997); דעת המיעוט של השופט טירקל בעניין טבעול, לעיל בה"ש 113.

131 לשימוש בהלכת המניעות בהקשר של דיני החוזים (השתק בהבטחה) ראו, למשל, ע"א 612/82 שעשוע נ' מרעלם, פ"ד לח(4) 583 (1984); ע"א 32/77 טכוליצקי נ' בית כנסת, פ"ד לא(3) 210 (1977); ע"א 118/83 עמר נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לט(1) 693 (1985); ע"א 682/82 בן אריה נ' "סחר" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לז(3) 596, 589 (1983); ע"א 846/76 עטיה נ' "אריט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לא(2) 780 (1977); ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, 197 (1996); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002). בהקשר של דיני הקניין (דוקטרינת "שימוש לרעה בנכס") ראו ע"א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן, פ"ד כה(2) 523 (1970); ע"א 403/73 בצלאל נ' סימן טוב, פ"ד כט(1) 41 (1974); רע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999). ראו גם מיגל דייטש דיני קניין א 321 (1997). בהקשר של המשפט המנהלי והחוקתי ראו בג"צ 7852/98 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423 (1999) וכן ע"א 6996/97 א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נג(4) 117, 124 (1999).

132 ראו ניב זקלר "תביעת צרכן עקיף בעוולה לפי חוק ההגבלים העסקיים" תאגידים א 53 (2004).

133 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

134 שם, בעמ' 730.

135 שם, בעמ' 735.

136 Calkins, לעיל ה"ש 34.

137 *Illinois Brick*, לעיל ה"ש 133, בעמ' 736.

היה שותף לקונספירציה.¹³⁸ בעניין אחר הותר לתובע עקיף לתבוע כשהסעד שנתבקש היה צו מניעה.¹³⁹ כך או כך, הלכת *Illinois Brick* אינה סוף דבר במערכת המשפט האמריקנית. בעקבותיה בחרו מדינות רבות בארצות-הברית לאמץ דברי חקיקה המתירים לתובעים עקיפים להגיש תביעות הגבליות.¹⁴⁰ נוצר מצב שבו ניתנה לתובעים ישירים ההזדמנות לתבוע בבתי משפט פדרליים, ואילו תובעים עקיפים מצאו מזור בבתי המשפט המדינתיים. הקונפליקט בין החוק המדינתי להלכה הפדרלית הגיע לדיון בפני בית המשפט העליון האמריקני בעניין *ARC America*.¹⁴¹ בית המשפט קבע כי אין כל סתירה בין החוק המדינתי לחוק הפדרלי, שכן החוק הפדרלי נועד להשלים את החוק המדינתי, המתיר זכות תביעה לתובעים עקיפים, ולא להפך. לסיכום נראה, כי למרות שהדין הפדרלי שולל באופן עקרוני את זכות התביעה מהתובע העקיף, עדיין קיימים בו סייגים; כמו כן, במקרים רבים יש ביכולתו של התובע העקיף לעקוף את הדין הפדרלי, לפנות לבתי המשפט המדינתיים ולהגיש בהם את תביעתו.

השאלה אם להחיר לתובעים עקיפים להגיש תביעה ייצוגית הגבלית איננה פשוטה. בשאלה דומה התחבטו גם בתי המשפט השונים שדנו בהגדרתו של המונח "צרכן" בחוק הגנת הצרכן. בעניין גרפי, קבע בית המשפט העליון כי לקוח של חברת בזק אינו רשאי לתבוע את חברת פלאפון עבור עלות דמי הקישורית שפלאפון גובה מבזק, וזאת למרות שמחיר הקישורית מגולגל במלואו אל הצרכן.¹⁴² נראה כי מאחורי פסיקה זו עמדה ההנחה כי מדובר בתביעה מצד צרכן "עקיף" שאינו בעל זכות תביעה. מנגד קבע בית המשפט העליון בעניין תנובה כי לרוכשי חלב עמיד מתוצרת תנובה קיימת עילת תביעה נגד החברה, וזאת למרות שהחלב העמיד לא נרכש ישירות מתנובה אלא דרך רשתות

138 *Arizona v. Shamrock Foods Co.*, 729 F.2d 1208 (1984), cert. denied 469 U.S. 1197 (1985).

139 *Campos v. Ticketmaster*, 140 F.3d 1166 (8th Cir. 1998).

140 *Calkins*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 424. לפסקי דין שבהם סירבו בתי המשפט המדינתיים לאמץ את ההלכה ראו, למשל, *Banker's Glass Co. v. Pilkington, PLC.*, 202 Ariz. 481, 47 P.3d 1119 (app. 2002), *Comes v. Microsoft Corp.*, 646 N.W.2d 440 (Iowa 2002), *Hyde v. Abbott Lab, Inc.*, 123 N.C. App. 572, (1996). עם זאת, ראוי לציין כי דבר חקיקה חדש שאימץ לאחרונה הקונגרס האמריקני מעניק סמכות ייחודית לבתי המשפט הפדרליים לדון במרכיב התביעות הייצוגיות ההגבליות, בתלות בסכום התביעה. קיימות דעות כי בעקבות החוק החדש, ובהיעדר אפשרות מצד תובעים עקיפים לפנות לבתי משפט מדינתיים, יידרש בית המשפט העליון האמריקני לדון מחדש במעמד של תובעים עקיפים ואולי אף לסטות מהלכת *Illinois Brick*; ראו *American Antitrust Institute, Thinking Creatively About Antitrust Remedies – Report of Class Action Remedy Workshop*, (Annual Conference, National Press Club, June 21, 2005), www.antitrustinstitute.org/recent2/438.pdf.

141 *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93, 98 (1989).

142 ראו ע"א 1824/97 גרפי נ' פלאפון תקשורת בע"מ, חק-על 99(2) 479 (1999); כן ראו זקלר, לעיל ה"ש 132, בעמ' 62.

השיווק.¹⁴³ נקל לראות כי בעניין תנובה, עצם העובדה שהחלב נרכש דרך מתווך לא עמדה בדרכו של התובע הייצוגי לאישור התביעה. באופן עקרוני אנו סבורים כי במקרים מסוימים יש מקום להתיר גם לתובעים עקיפים להגיש תביעה הגבלית; בפרט נחוץ הדבר כשקיימים תובעים ישירים הנמנעים מהגשת תביעה ייצוגית מסיבות השמורות עמם – למשל, כאשר התובע הישיר מעוניין להמשיך לקיים מערכת יחסים עסקית עם הנתבע. כאמור, פתרון המעניק לגיטימציה לעוולה ומותיר בידי המעוול את הרווחים שהשיג שלא כדין אינו פתרון רצוי. כאשר התובעים הישירים בוחרים לא לתבוע, לא מתקיימים הרציונלים שעמדו ביסודה של הלכת *Illinois Brick*, ולנו נראה שאין מניעה לתת אפשרות תביעה לתובע העקיף. בעיית בהרבה המצב שנוצר כמוגשות שתי תביעות ייצוגיות נפרדות – אחת על ידי תובעים ישירים ואחרת על ידי תובעים עקיפים. מקרה כזה אירע בעניין לוי רם.¹⁴⁴ באותו עניין הוגשו תביעות ייצוגיות נגד השותפים בקרטל המרצפות על ידי שתי קבוצות של תובעים: תובעים ישירים – הקבלנים שרכשו את המרצפות מחברי הקרטל, ותובעים עקיפים – הצרכנים הביתיים שרכשו את המרצפות דרך הקבלן. בית המשפט החליט לאחד את שתי הבקשות ולנהלן תחת קורת גג אחת, ודחה את טענת הנתבעים כי אין לאפשר ניהול במקביל של שתי תביעות ייצוגיות באותו עניין.¹⁴⁵ בניגוד לדעתו של בית המשפט, אנו סבורים שכאשר מוגשת תביעה ייצוגית בשמם של תובעים ישירים, הפועלים בתום לב, קיים קושי רב במתן היתר לתובעים עקיפים להגיש ב־זמנית תובענה ייצוגית וזה, העלולה לסכך את ההליך וליצור יריבות נוספת בין שתי קבוצות התובעים. אכן, מצב שבו קיים קונפליקט פנימי בין קבוצות שונות של תובעים אינו רצוי. במקרים אלו יש להעדיף את התובע הישיר על התובע העקיף, משתי סיבות עיקריות: ראשית, בידיו של התובע הישיר מצוי בדרך כלל מידע רב יותר על אודות ביצוע העוולה, שכן הוא חש אותה על בשרו עקב קשריו העסקיים עם הנתבע. מעמדו מאפשר לו לנהל את התביעה באופן אפקטיבי יותר; שנית, קבוצת התובעים הישירים היא מצומצמת יותר בדרך כלל, מה שמקל על ניהול התביעה מחד גיסא ומאפשר מתן פיצוי כספי בפועל לחברי הקבוצה מאידך גיסא. עם זאת, ולמען האיזון, אנו סבורים שכאשר קבוצה של תובעים עקיפים נדחית עקב קיומם של תובעים ישירים העדיפים עליהם, על בית המשפט לבחון מיוזמתו אם קיימת סבירות שחלק מהנזק אכן גולגל הלאה אל התובעים העקיפים. אם כן, הרי שבסמכותו של בית המשפט להשתמש במנגנון הפיצוי לציבור הקבוע בסעיף 49ט(ב) לחוק, ומאפשר לבית המשפט להורות על פיצוי לטובת כלל הציבור להבדיל מפיצוי לטובת חברי הקבוצה. כך, למשל, אם בית המשפט

143 ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק ג' ראבי, פ"ד נז(4), 673 (1999). ניתן לטעון כי במקרים שבהם התביעה היא מכוח חוק הגנת הצרכן, בניגוד לתביעות הגבליות, יש מקום ליתן רשות לתובעים עקיפים לתבוע וזאת משום שהם אלו שהוטעו בפועל.

144 ב"א (מחוזי ת"א) 23708/02 לוי ג' תשלובת ח. אלוני בע"מ, תק-מח 2005(2) 6806 (2005).

145 שם.

סבור שחלק מהנזק שנגרם לקבלנים בשל קרטל המרצפות גולגל הלאה אל ציבור הלקוחות, בסמכותו להורות שחלק מסוים מהפיצוי שניתן יועבר למטרות ציבוריות כלשהן.

4. יתור התנאים לאישורה של תביעה כייצוגית

מלבד קיומה לכאורה של עילת תביעה לקבוצה וקיומה של עילת תביעה אישית לתובע הייצוגי כלפי המעוול, תובע המבקש לאשר תביעה ייצוגית הגבלית נדרש לעמוד בכמה תנאים נוספים. נעמוד עליהם כעת, בקצרה.

(א) גודלה של הקבוצה מצדיק תביעה ייצוגית בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים, על המבקש להראות כי גודלה של הקבוצה מצדיק את ניהול התביעה כייצוגית.¹⁴⁶ ראוי לציין כי תנאי זה אינו נמנה במפורש בין התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות,¹⁴⁷ אך נראה כי הוא נכלל במשתמע בדרישה כי התביעה הייצוגית היא הדרך היעילה להכרעה בסכסוך בנסיבות העניין. תנאי זה אינו מחייב את התובע הייצוגי לחשב את גודלה של הקבוצה – נתון שניתן להביא בפני בית המשפט גם במהלך התביעה לגופה, אם באמצעות נתונים המצויים בידי הצדדים ואם באמצעות מומחה לשיווק הממונה על ידי בית המשפט.¹⁴⁸ נעיר, כי בניגוד לתקנות הגנת הצרכן (סדרי דין בתביעות ייצוגיות), חוק ההגבלים העסקיים אף אינו מטיל חובה על המבקש להעריך את המספר המקסימלי המשוער של חברי הקבוצה.¹⁴⁹ מכאן, שכל שעל התובע הייצוגי ההגבלי לעשות הוא להראות שקיימת קבוצה גדולה של תובעים המצדיקה את קיומו של הליך ייצוגי. מטבעם של דברים, תביעות מכוח חוק ההגבלים העסקיים מתאפיינות בקבוצה גדולה מאוד של נפגעים, כך שתנאי זה בדרך כלל לא יעמוד לרועץ למבקש את אישורה של התביעה כייצוגית. במרבית המקרים, אם ניתן להניח שקיימת קבוצה גדולה של תובעים, נטל ההוכחה עובר אל הנתבע להוכיח כי הקבוצה כה קטנה עד שאין הצדקה בניהול תביעה ייצוגית.¹⁵⁰ נראה לנו כי גודלה של הקבוצה עשוי לעמוד כמכשול רק במקרים שבהם קבוצת התובעים כוללת קבוצה מצומצמת של גופים עסקיים שנפגעו מפעילותו של המעוול ההגבלי. כזהו, למשל,

146 סעיף 146ב(1) לחוק ההגבלים העסקיים.

147 סעיף 8 לחוק.

148 ראו ת"א תנובה, לעיל ה"ש 121.

149 תקנה 3 לתקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ה-1995, ק"ת 858.

150 דויטש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 329, המפנה לת"א (מחוזי ת"א) 1117/94 גלובל ק.א. ניהול השקעות וייעוץ נ"י חמישה יוד תכשיטים, דינים מחוזי כו' (7) 138, בפסקה 13 (2002), בהקשר של תביעות ייצוגיות מכוח דיני ניירות הערך, וכן לת"א (מחוזי ת"א) 1134/95 שמש נ' רייכרט, תק-מח 2002(3) 9848, בפסקה 2 (2002).

המצב כשפעולותיו של בעל מתופולין גרמו נזק לכמה גופים המעוניינים לחדוד לשוק ולהתחרות בו; דוגמה אחרת היא מצב שבו פעולותיו של בעל מתופולין או של גופים הפועלים בקרטל העניקו לגוף עסקי הפועל בשוק אנכי (Downstream market) יתרון על מתחריו. ביתר המקרים, ובפרט במקרים שבהם התביעה מוגשת בשם ציבור הלקוחות של המוצר או של השירות, נראה כי דרישה זו לא תהווה מכשול, וזאת אף במקרים שבהם קבוצת התובעים קטנה באופן יחסי.¹⁵¹

(ב) הדרישה לייצוג הולם

כמו יתר דברי החקיקה המתירים הגשת תביעות ייצוגיות, ובהם גם חוק תובענות ייצוגיות דהיום, גם חוק ההגבלים העסקיים מתנה את אישורה של תביעה כייצוגית בקיומו של יסוד סביר להניח כי התובע מייצג באופן הולם את עניינם של חברי הקבוצה.¹⁵² את הדרישה לייצוג הולם ניתן לחלק לשניים: ראשית, על בית המשפט להיווכח שעורך-דין המנהל את התביעה עושה זאת באופן מקצועי תוך שהוא אחוז בידע המשפטי הנדרש.¹⁵³ מטבעם של דברים, עורך-דין המבקש להגיש תביעה ייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים נדרש ליידע משפטי מספק בתחום ייחודי זה של המשפט. נראה, כי במרבית המקרים חזקה על עורך-דין המצליח לעמוד ביתר התנאים לאישור התביעה כייצוגית, ובכללם הוכחת עילת תביעה לקבוצה, כי יש לו ידע מספק בתחום, שדי בו כדי לספק לחברי הקבוצה ייצוג משפטי ראוי.¹⁵⁴ שנית, על בית המשפט להיווכח כי למול עיניו של התובע הייצוגי עומדת טובתה של הקבוצה בכללותה ולא טובתו האישית בלבד. במסגרת זו על בית המשפט להיווכח כי המבקש אינו מצוי בניגוד עניינים עם חברי הקבוצה, כולם או מקצתם.¹⁵⁵ כך, למשל, בעניין זמרוני קבע בית המשפט המחוזי בירושלים כי יש למנוע מתובע ייצוגי לייצג קבוצה כשקיים ניגוד עניינים פוטנציאלי בינו לבין חבריה.¹⁵⁶ ואכן, בתביעות ייצוגיות הגבוליות ייתכנו מקרים מובהקים של ניגודי עניינים פוטנציאליים. דוגמה למקרה כזה היא מצב שבו התובע הייצוגי הוא גוף עסקי המצוי

151 ראו דויטש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 329, המפנה לח"א (מחוזי ת"א) 2204/98 המרעצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית לייצור משקאות, בפסקה 5(ב) (לא פורסם, 19.10.1999); כן ראו ת"א 1146/99 (מחוזי ת"א) אוטרקט (1992) בע"מ נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב ("הפול") (לא פורסם, 19.9.1999) כמקרים שבהם לא נפסלו תביעות ייצוגיות כשגודל הקבוצה עמד על 25 תובעים.

152 סעיף 46ב(4) לחוק ההגבלים העסקיים.

153 דאו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 1566/99 אהודק נ' החברה האמריקאית הישראלית לגז בע"מ, תק-מח 14639 (2)2000.

154 ראו דויטש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 330.

155 דויטש, שם. ראו גם רע"א רייכרט, לעיל ה"ש 33, 289.

156 ב"ש"א (מחוזי י-ם) 5538/01 זמרוני נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, פ"מ תשס"א(2) 66, 103 (2002). בכך אימץ בית המשפט את המבחן המצמצם שקבע בית המשפט האמריקני בעניין Phillips v. Klassen, 163 U.S. App. D.C. 360 (1974).

בקשר עסקי עם הנתבע. או אז עלול להתעורר חשש כי הנתבע ינסה ליישב את הסכסוך עם התובע הייצוגי על חשבון האינטרסים של כלל חברי הקבוצה. חשש זה מתעצם אם התובע הייצוגי מבקש לכלול בקבוצת התובעים גם את מתחריו. חשש נוסף מתעורר ביחס לתביעות ייצוגיות הגבליות שמגישים מתחריו של הנתבע: במקרים אלו חשש הוא כי האינטרס של התובע הייצוגי שונה באופן מהותי מהאינטרס של יתר חברי הקבוצה, ואז יש להתייחס בחשדנות לסוג זה של תביעות ייצוגיות. חשש אחר לניגוד עניינים עלול להתעורר כשהקבוצה כוללת הן תובעים ישירים המצויים בקשר עסקי עם הנתבע והן תובעים עקיפים שרכשו את המוצר מהתובעים הישירים. ניגוד העניינים מתבטא בכך שכל שיגדל שיעור הפיצוי שיזכו לו התובעים הישירים, כך יקטן בהתאמה שיעור הפיצוי לו יזכו התובעים העקיפים, ולהפך. בדוגמה של קרטל המרצפות, מטרתם של הקבלנים – התובעים הישירים – תהיה להוכיח כי הם שספגו את הנזק בשל יוקר המרצפות; לעומתם יבקשו התובעים העקיפים להראות כי התובעים הישירים הצליחו לגלגל את הנזק הלאה וכי התובעים העקיפים הם אלה שספגו את מרבית הנזק. מובן מאליו כי לא ייתכן ייצוג הולם כשעורך־הדין מייצג את שתי הקבוצות גם יחד. במקרים מסוג זה – אם בתי המשפט לא ידחו את התובעים העקיפים, כפי שהמלצנו לעיל – קיים הכרח לפצל את התביעה לשתי תת־קבוצות, ולחייב ייצוג משפטי נפרד לכל קבוצה. בעיה זו לא התעוררה בעניין קרטל המרצפות הואיל ובאותו עניין הוגשו שתי תביעות ייצוגיות נפרדות.

(ג) התביעה הוגשה בתום־לב

בניגוד לדברי חקיקה אחרים שבהם מוסדר מנגנון התביעה הייצוגית,¹⁵⁷ חוק ההגבלים העסקיים לא כלל בעבר את הדרישה כי התביעה הייצוגית תוגש בתום־לב.¹⁵⁸ הסיבות לכך אינן ברורות, וקשה להבין את המניעים שהביאו להשמטה של דרישת תום־הלב דווקא מחוק ההגבלים העסקיים. עם זאת, ספק רב אם ניתן לקבוע שמדובר בהסדר שלילי. נראה לנו כי אין בהשמטתה של דרישת תום־הלב מלשון החוק כדי לבטל את נחיצותה, שכן עקרון תום־הלב הוא עקרון־על במשפט הישראלי, החולש מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים על כלל תחומי המשפט ובכלל זאת על סדרי הדין.¹⁵⁹ ברי, שאם

157 ראו סעיף 335(1) לחוק הגנת הצרכן; סעיף 2210 לחוק החברות התשנ"ט-1999, ס"ח 189; סעיף 11(2)(1) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 230; סעיף 11(א)(1) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, ס"ח 184.

158 ראוי לציין כי חוק תובענות ייצוגיות, החל כיום גם על תביעות ייצוגיות מכוח חוק ההגבלים העסקיים, כולל את הדרישה לתום־לב.

159 על תחולתו של עקרון תום הלב בסדרי הדין האזרחיים ראו דהיי שורץ "תחולתו של עקרון תום־הלב בסדר־הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295 (1988); בסדרי הדין הפליליים ראו דן ביין "לשאלת תחולת עקרון תום־הלב בדין הפלילי" פלילים ד 101 (1994); בדיני נזיקין ראו, למשל, דרורה לפל

מגיש תביעה נדרש לעשות כן בתום-לב, קל וחומר שדרישה זו חלה גם על המבקש לייצג קבוצה גדולה של תובעים נגד נתבע משותף. נעיר, כי גם אם התובע הייצוגי אינו מחויב לתום-לב, ספק בעינינו אם תובע כזה המגיש תביעה בחוסר תום-לב מסוגל לספק ייצוג הולם לחברי הקבוצה שהוא מבקש לייצג. כך או כך, הדרישה לייצוג בתום-לב קבוצה כיום בהוראותיו של חוק תובענות ייצוגיות.¹⁶⁰

נראה, כי החשש שתביעה תוגש שלא בתום-לב עשוי להתעורר ביתר-שאת דווקא כתביעות ייצוגיות מכוח חוק ההגבלים העסקיים. נסביר: קיימים מקרים שבהם התביעה הייצוגית מוגשת נגד הנתבע על ידי מתחרה או על ידי גוף עסקי המצוי בקשרים עסקיים עמו. במקרים אלו החשש הוא שמטרתה של התביעה הייצוגית היא להשיג את מה שכשל התובע להשיג תוך התחרות חופשית עם הנתבע או עם מתחריו בשוק האנכי. כך, למשל, ייתכן שהנתבע יעדיף לנהל את עסקיו, מסיבות לגיטימיות, עם גופים מסוימים בלבד, אך לא עם הנתבע ושכמותו. במקרים אלו, כאשר הנתבע הוא בעל מונופול, תיתכן תביעה ייצוגית בטענה של סירוב בלתי-סביר לספק מוצר או שירות. תביעות אלו, בסכומים גבוהים, עשויות לאלץ את בעל המונופול לשנות את מדיניותו ולספק את השירות גם במקרים שבהם הרציונל לסירוב הוא לגיטימי. לנו נראה כי גם לתביעות מסוג זה יש להתייחס בחשדנות, ולבחון אם מטרתן אינה אלא הפעלת לחץ כדי להשיג תנאי התקשרות מועדפים, תוך עיוותו של מנגנון ההתחרות החופשית בשוק. עלינו לזכור כי המטרה של חוק ההגבלים העסקיים ושל מנגנוני האכיפה שלו היא לתרום לשיפור היעילות המצרפית במשק. על בתי המשפט להיזהר מתביעות ייצוגיות המוגשות שלא בתום-לב, שתוצאתן עשויה דווקא להזיק למטרות שביסוד החוק.

(ד) קיום שאלות משותפות לכלל חברי הקבוצה

דרישה נוספת לאישור התביעה כייצוגית היא קיומה של "אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה".¹⁶¹ דרישה זו מחייבת את התובע הייצוגי להוכיח שקיימות שאלות של עובדה ושל משפט המשותפות לקבוצה, וכן שקיימת אפשרות סבירה כי הן יוכרעו לטובתה. במרבית המקרים אין מחלוקת בין הצדדים לגבי קיומה של שאלה משותפת אחת, שעניינה עילת התביעה המשותפת לכלל חברי הקבוצה. כך, למשל, כאשר עילת התביעה היא הסדר כובל, איש לא יחלוק כי השאלה אם התקיים הסדר כובל היא שאלה המשותפת לכלל החברים בקבוצת התובעים. עם זאת, נשאלת השאלה אם די בכך שעילת

"תום-לב חזוי וריני הנזיקין" הפרקליט לח 454 (1989); בדיני העבודה ראו עומרי ידלין "תום-לב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב 867 (1999); בדיני הביטוח ראו שושנה נתניהו "חובת תום-הלב של המבטח ומבחן הציפייה" הפרקליט מה 14 (2001).

160 סעיף 8 לחוק.

161 סעיף 46ב(2) לחוק.

התביעה משותפת לכלל החברים בקבוצה לשם אישור התובענה כשהנזק שנגרם משתנה מחבר לחבר בקבוצת התובעים. סוגיה זו עוררה בעיות רבות בהקשר של תביעות ייצוגיות צרכניות שבהן נטען כי קיימים הבדלים בין הנזקים שנגרמו לכל צרכן לצרכן. הפסיקה הצרכנית בעניין זה הייתה רחוקה מלהיות עקיבה, וניתן לאתר בה כמה גישות עקרוניות סותרות.¹⁶² עם זאת, אנו סבורים כי בעייתיות זו אינה מתעוררת לעניין חוק ההגבלים העסקיים, הכולל – בניגוד לחוק הגנת הצרכן – מנגנון פיצוי לטובת הציבור, המאפשר לבית המשפט לפסוק פיצוי לטובת הציבור או לטובת הקבוצה במקרים שבהם פסיקת פיצוי אינדיבידואלי איננה מעשית מכל סיבה שהיא.¹⁶³ נראה לנו אפוא שכאשר עילת התביעה משותפת לכלל חברי הקבוצה, אין מקום להימנע מאישור התביעה כייצוגית רק משום ששיעור הנזק משתנה מחבר לחבר בקבוצה. זאת ועוד: במרבית התביעות הייצוגיות ההגבליות, דרך חישובו של הפיצוי האינדיבידואלי – לחברי הקבוצה שהיו מעוניינים בכך – היא שאלה משותפת נוספת שבה על בית המשפט להכריע. כך, למשל, כאשר הטענה היא שהנתבעים תיאמו מחירים, חישוב הפיצוי לכל חבר בקבוצה הוא מכפלה של מספר המוצרים שאותם רכש אותו חבר, בהפרש בין המחיר התחרותי לבין המחיר שנגבה בפועל עבור המוצר. כך או כך, במקרים שבהם סכום הנזק שנגרם לכל תובע הוא נמוך, כעיקרון לא יידרש פיצוי אינדיבידואלי ובתי המשפט יעדיפו להשתמש במנגנון פיצוי לטובת הציבור.¹⁶⁴ מטבע הדברים, השאלה אם להשתמש במנגנון כזה ולאיוז מטרדה ישמשו הכספים היא שאלה משותפת נוספת לכלל חברי הקבוצה, ועל בית המשפט להכריע בה בשלב ניהול התביעה.

בעייתיות מסוימת עשויה להתעורר כשהפגיעה בחברי הקבוצה אינה מתבטאת בתשלום מחיר גבוה או בקבלת מוצר באיכות נמוכה, אלא בפגיעה אחרת כגון פגיעה ברווחיות העסק או ביכולתו להתחרות בעסקים אחרים. במקרים אלו, ייתכן שהמבקש

162 גישתם של בתי המשפט השונים לעניין זה לא התאפיינה באחידות יתרה; ראו דריטש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 338. בחלק מהמקרים נדחתה התביעה הייצוגית מסיבה זו; ראו, למשל, ת"א (מחוזי י-ם) 1509/97 אפיק נ' סלקום ישראל בע"מ, תק-מח (2)98 2137 (1998); ת"א (מחוזי י-ם) 16252/98 שימנוב נ' חברה קדישא (לא פורסם, 15.7.2001); המ' (מחוזי י-ם) 3504/97 סטינסקי נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תק-מח (2)98 2015 (1998). במקרים אחרים אושרה התביעה כייצוגית למרות השוני בסעדים; ראו בש"א (מחוזי נצ') 1440/98 זילברשלג נ' אל-אל בתיבי אירד לישראל בע"מ, תק-מח (2)2002 1818 (2002). קיימים מקרים שבהם התביעה אושרה כייצוגית אולם לסעד הצהרתי ברבר קיום הטעיה בלבד; ראו, למשל, עניין אחורק, לעיל ה"ש 153.

163 חוק הגנת הצרכן אינו כולל מנגנון דומה. עם זאת, מפסיקת בית המשפט העליון עולה כי ניתן לפסוק פיצוי לטובת הציבור גם בתביעות ייצוגיות צרכניות; ראו ע"א תנובה, לעיל ה"ש 143, ודנ"א ברזני, לעיל ה"ש 1.

164 על השיקולים בהעדרת השימוש במנגנון הפיצוי לטובת הציבור ראו Natalie A. DeJarlais, *The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions*, 38 HASTINGS L. J. 729 (1987).

יחקשה להוכיח את קיומן של שאלות משותפות. ננית, לדוגמה, כי מונופול של אספקת ביצים מסרב לספק ביצים לכלל חנויות המכולת בארץ, ומספק את הביצים לרשתות השיווק הגדולות בלבד. כתוצאה מכך נוצרת פגיעה משמעותית ביכולתן של חנויות המכולת להתחרות ברשתות, ורבות מהן אף נאלצות להפסיק את פעילותן. אין ספק כי תביעות מסוג זה יחייבו בירור אינדיבידואלי של הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה כדי להעניק פיצוי ההולם את הנזק שנגרם. עם זאת, נשאלת השאלה אם אין לאפשר את ניהול התביעה כייצוגית בכל הנוגע להתקיימות עילת התביעה של סירוב בלתי-סביר לספק מוצר או שירות, ולאפשר את המשך ההליך – לתובעים המעוניינים בכך – באופן אינדיבידואלי.

במשפט האמריקני נעשו כמה נסיונות מעניינים להתגבר על בעייתיות זו. אחד מהם היה מנגנון "התובענה המורכבת" (Hybrid Class Action) או מנגנון "האישור החלקי" (Partial Certification): מנגנונים אלו מאפשרים להפריד בין שלב קביעת חבותו של הנתבע, ומתן פסק דין הצהרתי בעניין, לבין שלב פסיקת הפיצוי לחברי הקבוצה.¹⁶⁵ בשלב הראשון ידון בית המשפט בשאלת ביצוע העוולה ויכריע האם ביצע הנתבע עוולה הגבלית המצדיקה את פיצוי חברי הקבוצה; בשלב השני יקבע בית המשפט תכנית לניהול משפט, שתאפשר לחברי הקבוצה להוכיח באופן אינדיבידואלי את הנזק שנגרם להם. נעיר, כי בפסיקת בתי המשפט האמריקניים קיימת מחלוקת בשאלה אם מדובר במנגנון חוקתי, שכן הדבר מאלץ את הנתבע לעמוד אל מול שני חברי מושבעים שונים.¹⁶⁶ בעייתיות כזו אינה קיימת כמובן במשפט הישראלי.

ראוי לציין כי במקרים מסוימים הבעייתיות בניהול התביעה כייצוגית אינה מתמצית אך בצורך להוכיח את הנזק של כל תובע בנפרד, ונוסף עליה הצורך בהוכחת עילת תביעה אישית של כל חבר בקבוצת התובעים. אם נחזור לדוגמה של חנויות המכולת, טענה אפשרית של משווק הביצים תהא שבחלק מהמקרים מדובר היה בסירוב סביר לספק את המוצר. נשאלת השאלה, אם גם במקרים מסוג זה ראוי לאפשר את ניהול ההליך כייצוגי. בהקשר זה ניתן לציין מקרה דומה שהתנהל בארצות-הברית, בעניין *Taylor*.¹⁶⁷ באותו עניין טען התובע הייצוגי כי רשות לאומית נקטה הפליה כלפיו וכלפי

Robert M. Brava-Partain, *Due Process, Rule 23, and Hybrid Classes: A Practical Solution*, 165 Morgan, 53 HASTINGS L.J. 1359, 1361 (2002). לשימוש במנגנון בערכאות הנמוכות ראו, למשל, *McReynolds v. Sodexho Mariot*, וכן *v. United Parcel*, 169 F.R.D. 349 (E.D.Mo. 1996), *Dodge v. Country of Orange*, 208 F.R.D. 79 (2002), *Services*, 208 F.R.D. 428 (2002), *Armando Ramirez v. Labor ready, inc*, 2002 WL 1997037.

¹⁶⁶ בעניין *Allison v. Citgo Petroleum Corp.*, 151 F.3d 402, 416 (5th Cir. 1998) קבע בית המשפט לערעורים במעגל החמישי כי אין להשתמש במנגנון התובענה המורכבת בשל הבעיות החוקיות המתעוררות. לתוצאה שונה הגיע בית המשפט לערעורים במחוז השלישי בעניין *Eubanks v. Billington*, 110 F.3d 87 (3rd Cir. 1997).

¹⁶⁷ *Charles Taylor v. District of Columbia Water & Sewer Authority*, 205 F.R.D. 43 (2002).

יתר חברי הקבוצה, על רקע של צבע עור, וכי כתוצאה מכך הוא לא קודם בעבודתו. הרשות טענה כי לא בכל המקרים הסיבה לאי-הקידום הייתה נעוצה במדיניות מפלה. בית המשפט קבע כי התביעה תנוהל כייצוגית בשני שלבים: בשלב הראשון יבחן בית המשפט אם התקיימה מדיניות של הפליה ויינתן סעד הצהרתי; ובשלב השני תעמוד לכל אחד מחברי הקבוצה חזקה כי הופלה – ואותה יידרש המעביד לסתור כדי להימנע מתשלום פיצויים. באופן עקרוני, פתרון זה נראה לנו ראוי. אם ניישם הלכה זו על הדוגמה של חנויות המכולת, הרי שבשלב הראשון יידרש התובע הייצוגי להוכיח כי התקיימה מדיניות של סירוב לספק מוצר או שירות באופן בלתי-סביר. אם יצליח, הרי שלכל אחד מבעלי חנויות המכולת תעמוד החזקה כי הסירוב לספק את הביצים היה בלתי-סביר, והנתבע יידרש לסתור אותה לגבי כל תובע בנפרד כדי להימנע מתשלום פיצוי.

כאמור לעיל, במקרים שבהם קיים קושי להעניק פיצוי אינדיבידואלי, בית המשפט מוסמך להורות על פיצוי לטובת הציבור. כך הדבר כשהנוק שנגרם לכל חבר בקבוצה איננו משמעותי וההפסד שייגרם לכל חבר בקבוצת התובעים בשל אבדן הפיצוי האינדיבידואלי הוא זניח. עם זאת, במקרים שבהם הנוק שנגרם לחברי הקבוצה הוא משמעותי, אין מנוס מהפרדת ההליך לשני חלקים – שלב החבות ושלב חישוב הנוק. בשלב חישוב הנוק, אם קיימת דרך לחשב באופן מתמטי את הנוק שנגרם לכל חבר בקבוצה, אין כל צורך בהתייבשות של חברי הקבוצה לדיון משפטי. כך יקרה, למשל, כשקיימים בידי הנתבע נתונים בדבר כמות המוצרים שרכש כל חבר בקבוצה, וסכום הפיצוי הוא מכפלה של כמות המוצרים בסכום מסוים שנפסק בעבור כל רכישה.¹⁶⁸ במקרים אחרים ייתכן שיהיה די בתצהירו של כל חבר בקבוצה כדי לקבוע את סכום הפיצוי המגיע לו. דרך דיונית זו קבועה בתקנות הגנת הצרכן (סדרי הדין בניהול תביעה ייצוגית), והאפשרות להשתמש בה קיבלה אישור גם בדעת הרוב בדנ"א ברזני.¹⁶⁹ עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם לא יהיה מנוס מניהול דיון משפטי בנוגע לכל חבר בקבוצה – דיון שבמסגרתו יוצגו הוכחות ויחקרו עדים. תכנית כזו ("Trial Plan") היא מעשית במצבים שבהם מספר חברי הקבוצה מצומצם; לעומת זאת, כאשר קבוצת התובעים כוללת אלפי תובעים, העומס שיוטל על בית המשפט יהיה רב מדי. נניח, לדוגמה, כי התביעה בעניין הווארד רייס הייתה מקבלת את אישורו של בית המשפט: האם כל אחד מעשרות בעלי עסקים שבקבוצה היה נדרש להתייצב בפני בית המשפט ולהיחקר בפניו? כאמור, אפשרות אחת שעמדה בפני בית המשפט הייתה לפתור בעייתיות זו באמצעות

168 ראו דויטש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 338, המפנה לת"א (מחוזי ת"א) 1341/00 מזל נ' דיסקברי סוכנות דוגמנות בינלאומית בע"מ (לא פורסם, 13.11.2001); ת"א (מחוזי חי') 28680/97 דדון נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"מ תשנ"ט (2) 865 (1999).

169 דנ"א ברזני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 423.

פסיקה של פיצוי לטובת הציבור – אולם מהו הדין במקרה שבו אלפים של בעלי עסקים היו מעוניינים בפיצוי אינדיבידואלי בטענה כי נגרם להם נזק משמעותי? בשיטת המשפט האמריקנית ניסו להתמודד עם בעייתיות זו תוך שימוש בכלים סטטיסטיים, אך לא תמיד תוך הצלחה מרובה. בעניין *In Re Fibreboard* הוגשה תביעה ייצוגית בשמם של כ-3,000 תובעים שחלו במחלות המתקשרות לחשיפה לאזבסט.¹⁷⁰ לאחר שהתביעה אושרה כייצוגית החליט בית המשפט המחוזי לערוך מדגם שיכלול 30 תובעים, ש-15 מתוכם ייבחרו על ידי התובע ו-15 ייבחרו על ידי הנתבע. על פי תוצאות המדגם התכוון בית המשפט לחשב את הנזק הממוצע לכל תובע ותובע. בית המשפט לערעורים דחה את השיטה המוצעת מכל וכל בקובעו כי היא איננה חוקתית, משום שהיא מותירה כ-2,970 מקרים של נפגעי אזבסט שלא ייבחנו בפועל על ידי בית המשפט. לתוצאה זוהי הגיע בית המשפט לערעורים גם בעניין *Cimino* – גם בתביעת אזבסט – שם הציע בית המשפט בערכאה הראשונה לעשות שימוש במנגנון דיוני דומה.¹⁷¹ מנגד, בעניין *Hilao* בית המשפט לערעורים במחוז התשיעי היה נכון להשתמש במדגם כדי לחשב את הפיצוי המגיע לחברי הקבוצה באותו עניין – כ-9,000 אזרחים פיליפיניים שנפלו קרבן לשלטונו המושחת של פרדיננד מרקוס.¹⁷² לצורך חישוב הפיצוי חולקו חברי הקבוצה לקטגוריות שונות, והפיצוי נפסק בהסתמך על בחינה של 130 מקרים בלבד.

לנו נראה, כי במערכת המשפט הישראלית טרם הבשילו התנאים לשימוש בכלים סטטיסטיים בפסיקת פיצויים בתביעות ייצוגיות. על כך יש להוסיף כי מקורן של ההלכות המרכזיות במשפט האמריקני לעניין זה הוא בתביעות ייצוגיות נזיקיות. נכון להיום פקודת הנזיקין הישראלית אינה מאפשרת תביעות ייצוגיות נזיקיות, כך שמערכת המשפט הישראלית טרם נאלצה להתמודד עם סוגיות כה מורכבות. סוגיות כאלו עשויות להתעורר גם בתביעות ייצוגיות הגבליות. עם זאת, בשל מיעוט התביעות הייצוגיות שאושרו מכוח חוק ההגבלים העסקיים, בתי המשפט בישראל גם טרם נאלצו להתמודד עם מצבים מסוג זה. כעיקרון, נראה לנו שכדי לפסוק פיצוי אישי – להבדיל מפיצוי לטובת הציבור – בתביעות ייצוגיות הגבליות שמספר התובעים בהן גדול, ואין דרך לחשב את הפיצוי באופן מתמטי, אין מנוס משימוש בכלים סטטיסטיים כדי לחשב נזק ממוצע לסוגים שונים של תובעים הנכללים בקבוצה. כך או כך מדובר בנושא מורכב, המחייב שינוי בדין המהותי הנוהג כיום, וראוי לדיון מעמיק החורג מגבולותיה של רשימה זו.

In re Fibreboard corporation, 893 F.2d 706 (app. 5th Cir. 1990) 170

Claude Cimino v. Raymarks, 151 F.3d 297 (app. 5th Cir. 1996) 171

Hilao v. Estate of Marcos, 103 F.3d 767 (9th Cir.1996) 172

(ה) התביעה הייצוגית היא הדרך הדיונית היעילה וההוגנת בנסיבות העניין תנאי נוסף לאישור התביעה ההגבלית כייצוגית הוא כי "הגשת התובענה הייצוגית היא דרך עדיפה על הגשת תביעות אישיות, מוצדקת והוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".¹⁷³ תנאי זה מחייב את התובע הייצוגי להראות כי ניהול התביעה כייצוגית עדיף על ניהולו של ההליך בדרך של תביעה אישית. סוגיה זו מתעוררת בדרך כלל במקרים שבהם סכום התביעה שהתובע הייצוגי מבקש לפסוק לו ולשאר חברי הקבוצה הוא סכום משמעותי, העשוי להצדיק הגשתה של תביעה אישית. למגבלה זו קיימת משמעות בעיקר בתביעות ייצוגיות הגבליות של תובעים ישירים, שהם גופים עסקיים המצויים בקשר עסקי עם הנתבע. במקרים אלו סכום התביעה הוא בדרך כלל גבוה ועשוי להגיע לעשרות אלפי שקלים ואף יותר. האם במקרים אלו ראוי לשלול את האפשרות להגיש תביעה ייצוגית? בעניין א.ש.ת. הוגשה תביעה ייצוגית נגד המדינה על ידי מעסיקה של עובדים זרים, שטענו כי המדינה אילצה אותם להפקיד ערבות למטרת הבטחת חזרתם של העובדים הזרים למדינת המוצא.¹⁷⁴ סכום התביעה השתנה מתובע לתובע, וחלק גדול מהתובעים ביקשו כי יפסק להם סכום משמעותי במיוחד. השופט בייניש, ברעת רוב, קבעה כי סכום התביעה הגבוה מצדיק תביעה אישית ומשמש אינדיקציה להיעדרו של צורך בתביעה ייצוגית.¹⁷⁵

על עמדתה של השופטת בייניש מתחו ביקורת כמה מלומדים.¹⁷⁶ במחקרו של קלמנט הוכיח המחבר כי ניהול תביעה אישית איננו כדאי גם במקרים שבהם סכומי התביעה גבוהים יחסית.¹⁷⁷ ניתוח זה ישים ביתר-שאת כשמדובר בתביעה ייצוגית הגבלית. מטבע הדברים מדובר בתביעות מסובכות, המצריכות שימוש במומחים וכרוכות בעלויות משפט משמעותיות, המגיעות לעתים למאות אלפי שקלים ויותר.¹⁷⁸ על כן נראה לנו שקיימת הצדקה לניהול התביעה כייצוגית גם כשסכום התביעה לכל חבר בקבוצה עומד על כמה עשרות אלפי שקלים או יותר.

173 סעיף 46ב(3) לחוק ההגבלים העסקיים, סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות.

174 עניין א.ש.ת., לעיל ה"ש 2.

175 שם, בעמ' 278.

176 ראו קרייני, לעיל ה"ש 32; אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים" מחקר משפט כא 387 (2005).

177 קלמנט, שם, בעמ' 396. המחבר טוען כי נוסף על סכום התביעה קיימים שני שיקולים נוספים בהחלטתו של התובע אם להגיש תביעה: סיכויי הזכייה בתביעה והעלויות הישירות והעקיפות הכרוכות בניהולה. כך, למשל, אם סכום התביעה עומד על 50 אלף ש"ח, והתובע סבור שקיים סיכוי של 50% לזכייה וכי אם יזכה בתביעה יפסק לו כמחצית מהסכום שהוא מבקש – התביעה תוגש רק אם העלויות הכרוכות בניהול ההליך נמוכות מ-12,500 ש"ח, סכום שהוא המכפלה של סכום התביעה בסיכוי כי הסכום בכללותו יפסק בסופו של דבר.

178 ראו John E. Lopatka & William H. Page, *Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases*, 90 CORNELL L. REV. 617 (2005).

ה. סיכום

בעניין רייס בחר בית המשפט העליון לאמץ גישה פורמליסטית ולהקשית באופן משמעותי את התנאים לאישורה של התביעה הייצוגית ההגבלית. ברשימה זו ניסינו לעמוד על הפרשנות הראויה לתנאים לאישור התביעה הייצוגית ההגבלית שהיא, לטעמנו, פרשנות מרחיבה מזו שניתנה להם בעניין רייס.

התובענה הייצוגית ההגבלית היא כלי חשוב מאין כמותו לאכיפתו של חוק ההגבלים העסקיים, על הערכים החשובים שבבסיסו; עם זאת, התובענה הייצוגית ההגבלית, ככל תובענה ייצוגית אחרת, היא כלי משפטי מורכב שיש לעשות בו שימוש זהיר ומושכל. ברשימה זו ביקשנו לאזן בין יתרונותיה וחסרונותיה של התביעה הייצוגית ההגבלית, ולהציע פתרונות משפטיים שיאפשרו שימוש ראוי בכלי משפטי חשוב זה מחד גיסא – וימנעו את ניצולה לרעה של התביעה הייצוגית מאידך גיסא.

