



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

לפני כב' השופט עופר גרוסקופף

המבקשת הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר)
על ידי ב"כ עו"ד עמית מנור עו"ד יוקי שמש

נגד

המשיבות 1. אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד צבי אגמון, עו"ד טל מישר ועו"ד יונתן רלבג

2. BRITISH AIRWAYS PLC
על ידי ב"כ עו"ד חגי דורון, עו"ד אוריאל פרינץ, עו"ד גיתית לוי גרינברג

3. AG DEUTSCHE LUFTHANSA
4. AIR LINES LTD SWISS INTERNATIONAL
על ידי ב"כ עו"ד ד"ר גיל אוריון, עו"ד טליה סולומון, ועו"ד ענבל ברוש

1

החלטה

(אישור בקשה לניהול תובענה כייצוגית)

2

3 לפניי בקשה לאישור תובענה כייצוגית שעניינה בטענה כי המשיבות, 4 חברות תעופה העוסקות
4 בשילוח מטענים בהטסה מישראל ואליה, היו חלק מקרטל עולמי שפעל בין השנים 2006-2000.
5 על פי הנטען, חברות תעופה שונות, וביניהן המשיבות, היו צד לקרטל עולמי-גלובלי, אשר התייחס
6 גם להטסת מטענים מישראל ואליה, במסגרתו תיאמו ביניהם באופן גלובלי מחירים של מספר
7 רכיבים בתעריף שינוע מטענים בהטסה, סיכמו כי ימנעו ממתן הנחות והחליפו ביניהם מידע על
8 רווחים ומחירים (להלן: "הקרטל"). קרטל זה נחשף ביום 14.2.2006, בעקבות פנייתה של המשיבה
9 Deutsche Lufthansa AG, למשרד המשפטים של ארה"ב, בבקשה ליטול חלק בתוכנית חסינות
10 על פי חוק ההגבלים העסקיים של ארה"ב. בעקבות חשיפה זו נפתחו חקירות נגד חברות תעופה
11 שונות, ובכללן המשיבות, על ידי מספר רשויות אכיפת חוק ברחבי העולם; נוהלו הליכים פליליים
12 במדינות שונות, שחלקם הסתיימו בהרשעות בעקבות עסקאות טיעון; וכן נוהלו הליכים אזרחיים,
13 רובם במסגרת תובענות ייצוגיות, שחלקם הסתיימו בהסכמי פשרה. לטענת המבקשת, השתתפות
14 המשיבות בקרטל הנטען מהווה גם הפרה של דיני התחרות הכלכלית הישראליים, ומקימה כנגדן
15 עילת תביעה בגין הנזקים שגרמו ללקוחותיהן, וכן ללקוחותיהן העקיפים, אשר שילחו סחורות אל
16 ישראל וממנה.

17

18 מהטעמים שיפורטו להלן הגעתי למסקנה כי יש לאשר את ניהול התובענה כייצוגית נגד כל
19 המשיבות, וזאת בתנאים המנויים בפסקה 113 של החלטה זו.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

א. הצדדים להליך

1

2

3 1. המבקשת, הצלחה – התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (להלן: "המבקשת" או
4 "הצלחה"), היא עמותה רשומה שהוקמה בשנת 2008 לשם "קידום האכיפה האזרחית
5 בישראל, ועידוד של רגולציה יעילה ומתקדמת בתחומי הכלכלה והחברה" (סעיף 7 לבקשת
6 האישור). בין השאר, עוסקת המבקשת בשאלות הנוגעות לתחום התחרות הכלכלית (תחום
7 שכונה עד לאחרונה בארץ, ומכונה גם כיום בארה"ב, הגבלים עסקיים (Antitrust)), ופועלת
8 במגוון נושאים בהקשר זה. בקשת האישור הוגשה בהתאם לסעיף 4(א)(3) לחוק תובענות
9 ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "החוק" או "חוק תובענות ייצוגיות") המאפשר, בתנאים
10 מסוימים, הגשת תובענה ייצוגית בשם הקבוצה על ידי ארגון שאין לו עילת תביעה אישית.
11 שאלת עמידתה של המבקשת בתנאים אלה תיבחן בהמשך הדברים (ראו פסקאות 103-106
12 להלן).

13 2. המשיבה 1, אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (להלן: "אל-על"), המאוגדת כחברה ציבורית
14 הנסחרת בבורסה לניירות ערך בישראל, היא חברת התעופה המובילה בישראל. עד שנת 2003
15 הייתה אל-על חברה ממשלתית בשליטה מלאה. בשנת 2005 הושלמה הפרטתה, והיא מצויה
16 מאז בשליטה פרטית. עיקר פעילותה של אל-על הוא בהובלה אווירית של נוסעים ומטען.
17 ההובלה האווירית של מטענים מתבצעת באמצעות מטוסי נוסעים ומטוסי מטען. על פי הנתון
18 בבקשת האישור, במהלך השנים 2002-2005 נתח השוק של אל-על בשילוח אווירי של מטענים
19 לישראל וממנה עמד בממוצע על כ-46% (אל-על לא השיגה על נתון זה).

20 3. המשיבה 2, British Airways PLC (להלן: "בריטיש איירוויז"), היא תאגיד תעופה בינלאומי
21 שבסיסו בבריטניה. פעילותה בישראל נעשית באמצעות נציגות מקומית בארץ. בריטיש איירוויז
22 ביצעה הובלה אווירית של מטענים באמצעות מטוסי נוסעים בלבד, דהיינו היא לא הפעילה
23 מטוסי ייעודיים להטסת מטען מישראל ואליה. כמו כן, בתקופה הרלוונטית לבקשת האישור
24 היקף פעילותה תוחם לשילוח אווירי של מטענים מישראל בלבד, וככל שנעשה שילוח אווירי של
25 מטענים מיעדים אחרים אל ישראל, ההתקשרות הייתה עם סניפי בריטיש איירוויז במדינות
26 המוצא (ולא עם הנציגות המקומית בישראל). על פי הנתון בבקשת האישור, נתח השוק בו
27 החזיקה בריטיש איירוויז בשנים 2002-2005 עמד בממוצע על כ-3%. לטענת בריטיש איירוויז
28 נתח השוק שלה בישראל היה קטן יותר, ועמד על כ-2% בממוצע.

29 4. המשיבה 3, Deutsche Lufthansa AG (להלן: "לופטהנזה"), היא תאגיד תעופה בינלאומי
30 שבסיסו בגרמניה. פעילותה העיקרית של לופטהנזה מתמקדת בהטסת נוסעים, הובלה אווירית
31 של מטענים, תחזוקה, תיקון ותפעול של כלי טיס, הסעדה ושירותי IT. לופטהנזה פועלת
32 באמצעות למעלה מ-400 חברות בנות וחברות קשורות, ובכללן המשיבה 4. פעילותה בישראל
33 נעשית באמצעות שלוחה מקומית בארץ. פעילות התובלה האווירית של מטענים מרוכזת תחת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 חברת לופטהנזה קרגו (הנמצאת בבעלות ובשליטה מלאה של לופטהנזה) ומבוצעת, ככלל,
2 באמצעות מטוסי מטען ייעודים, בטון של מטוסי נוסעים ומובילים יבשתיים. בישראל, כפי
3 שעולה מהעדויות בהליך, שילוח המטענים התבצע, ככלל, באמצעות מטוסי נוסעים (ראו למשל,
4 סעיף 9 לתצהיר העד מטעם לופטהנזה). על פי הנטען בבקשת האישור נתח השוק של לופטהנזה
5 בישראל עמד בממוצע על כ-4.5% במהלך השנים 2002-2005. העד מטעם לופטהנזה אישר
6 בחקירתו כי נתח השוק שלה בשנים הרלוונטיות (לא כולל פעילות של המשיבה 4) היה בין 4%
7 ל-4.5% (ראו פרוטוקול מיום 14.7.2016 עמ' 555-556).

8 המשיבה 4, Swiss International Air Lines Ltd. (להלן: "סוויס"), היא תאגיד תעופה
9 בינלאומי, הנמצא בבעלות מלאה של לופטהנזה. סוויס נוסדה ביום 1.4.2002 (וזאת בעקבות
10 קריסתה של Swiss Air Transport Company Limited במרץ 2002), ובסיס מושבה בשוויץ.
11 סוויס מספקת שירותי הובלה אווירית של נוסעים ומטען, וכן שירותים נלווים. פעילותה
12 בישראל נעשית באמצעות שלוחה מקומית בארץ. התובלה האווירית של מטענים מרוכזת תחת
13 חטיבת סוויס קרגו, ומבוצעת, ככלל, באמצעות אחסון המטענים בבטנם של מטוסי נוסעים
14 ומובילים יבשתיים. על פי הנטען בבקשת האישור נתח השוק של סוויס בישראל עמד בממוצע
15 על 3% במהלך השנים 2002-2005 (סוויס לא חלקה על נתון זה).
16 נוכח הקשר בין המשיבות 3 ו-4 הן מיוצגות בהליך זה יחדיו.

ב. רקע עובדתי

17
18
19
20 5. ענייננו בתעריף שנגבה עבור שירות שילוח מטענים בהטסה. תעריף זה נגזר מיעד ההובלה,
21 משקל המטען ונפחו, והרכבו הוא כדלקמן: מחיר בסיס, הנקבע על בסיס נפח או משקל, ואליו
22 מתווספים רכיבי תוספת שונים (surcharges), המיועדים נועדו לכסות עלויות ספציפיות, כגון
23 תוספות דלק, ביטחון (ביטוח), מכס וסיכוני מלחמה. תמחור רכיבים אלה אמור להיעשות על
24 ידי כל מוביל באופן עצמאי, בהתאם לעלויותיו בפועל ולשיקוליו הכלכליים.

25 6. ענף התובלה האווירית הבינלאומית כולל הטסתם של נוסעים ומטען ממדינה אחת לאחרת,
26 ובארץ – מישראל ואליה. בתקופה הרלוונטית לבקשת האישור התחרו בתחום התובלה
27 האווירית של מטענים מישראל ואליה למעלה מ-20 חברות תעופה: שתי חברות ישראליות (אל-
28 על וק.א.ל. – קווי אוויר למטען בע"מ (להלן: "ק.א.ל.י")) אשר החזיקו יחד בעיקר נתח השוק
29 (60%-70% בתקופה הרלוונטית), ומספר רב של חברות זרות (ובכללן המשיבות 2 – 4). שילוח
30 מטענים בהטסה נעשה באחת משתי דרכים: מטוסי מטען ייעודים או באמצעות הובלה בגחון
31 מטוסי נוסעים.

32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

7. שני סוגים עיקריים של לקוחות צורכים שירותי שילוח מטענים בהטסה: האחד, חברות או סוכני שילוח, המארגנים משלוחים ליחידים ולחברות באמצעות התקשרות עם חברת תעופה לצורך הטסת המטען (לעיל ולהלן: "משלחים בינלאומיים"); השני, לקוחות פרטיים אשר רוכשים את השירות ישירות מחברות התעופה (ושלא דרך משלחים בינלאומיים). במסגרת ההליך דנן, המשיבות הבהירו כי חלקם של הלקוחות מהסוג השני הוא קטן, וכי עיקר לקוחותיהם הוא מהסוג הראשון (דהיינו, משלחים בינלאומיים).
8. ביום 14.2.2006 פורסם לציבור דבר קיומו של קרטל עולמי של חברות תעופה בדבר תיאום מחיריהם של רכיבי התוספות השונים, ובפרט תוספות דלק וביטחון, בשילוח מטענים בהטסה. חשיפת הקרטל התאפשרה בעקבות פנייתה של לופטהנזה (המשיבה 3) למשרד המשפטים של ארה"ב במטרה לקבל חסינות לפי דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב. חשיפה זו הביאה לפתיחת חקירות נגד חברות תעופה שונות, ובכללן המשיבות, על ידי מספר רשויות חקירה ברחבי העולם, ולניהול הליכים פליליים במדינות שונות, אשר חלקם הסתיימו בהרשעות בעקבות עסקאות טיעון, ובהטלת קנסות בסכומים ניכרים. במישור האזרחי, אף הוגשו מספר תובענות ייצוגיות, שחלקן הסתיימו בהסכמי פשרה במסגרתם שולמו סכומים משמעותיים. אביא להלן, בתמצית, סקירה של אותם הליכים אליהם התייחסו הצדדים במסגרת בקשת האישור שלפניי.
9. בארה"ב התנהלו הליכים פליליים, אשר במסגרתם הורשעו אל-על ובריטיש איירוויז בעקבות חתימתן על עסקאות טיעון. אל-על שילמה קנס בסך 15.7 מיליון דולר ובריטיש איירוויז שילמה קנס בסך 300 מיליון דולר. לופטהנזה זכתה לחסינות באותם הליכים עקב חשיפתה את הקרטל ושיתוף הפעולה שלה לאורך ההליכים (הדבר לא צוין במפורש בכתבי הטענות, אך נראה כי גם סוויס נהנתה מחסינות זו). בנוסף, התנהלו גם הליכים אזרחיים בארה"ב, רובם במסגרת תובענות ייצוגיות, ובהם הגיעו אל-על, בריטיש איירוויז, לופטהנזה וסוויס להסדרי פשרה (להלן: "הסדרי הפשרה בארה"ב"). על פי הסדרי הפשרה בארה"ב אל-על שילמה סכום כולל של 15.8 מיליון דולר, בריטיש איירוויז שילמה סך מצטבר של 89 מיליון דולר ולופטהנזה וסוויס נשאו בתשלום כולל של 85 מיליון דולר.
10. באירופה נוהלו הליכים מעין-פליליים על ידי הנציבות האירופית, ובסופם הוטלו קנסות על 11 חברות תעופה, ובכללן בריטיש איירוויז, אשר נקנסה בסכום של 104 מיליון אירו. תחילה הוטלו קנסות גם על לופטהנזה וסוויס, ואולם מאחר שהן אלה שדיווחו על הקרטל לרשויות, שיתפו פעולה עמן, וסיפקו לנציבות האירופית מסמכים וחומרים שונים הנוגעים לקרטל, הוחלט לבטל את הקנסות ביחס אליהן. הנציבות האירופית חקרה גם את אל-על במסגרת אותם הליכים, וזו האחרונה סיפקה לה מידע ונתונים. בסופו של דבר החליטה הנציבות האירופית שלא לנקוט בהליכים נגד אל-על.
11. באוסטרליה התקיימו הליכים פליליים גם כן, במסגרתם הורשעה בריטיש איירוויז על פי הודאתה, והוטל עליה קנס בסך 5 מיליון דולר.





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

12. בדרום קוריאה פתחה רשות התחרות המקומית בהליכים במסגרתם נבחנה מעורבותן של כל המשיבות בקרטל. אל-על נחקרה, ואף נדרשה למסור מידע, אך בסופו של דבר לא נכללה בין חברות התעופה שנקנסו בגין מעורבות בקרטל הנטען. לעומת זאת, יתר המשיבות נקנסו על ידי רשות התחרות הדרום קוראנית בסכומים לא מבוטלים.

13. הליכים נוספים שנוהלו ברחבי העולם הם אלה: הליכים מעין-פליליים בקנדה, במסגרתם נקנסה בריטיש איירוויז; הליכים אזרחיים בקנדה, רובם במסגרת תובענות ייצוגיות; הליכים מעין-פליליים בניו-זילנד, במסגרתם נקנסה בריטיש איירוויז בסך 1.6 מיליון דולר; והליכים מעין-פליליים בשוויץ, במסגרתם נקנסו 11 חברות תעופה, ובכללן בריטיש איירוויז, ואילו לופטהנזה וסוויס קיבלו חסינות בגין חשיפתן את הקרטל, והתחייבותן לשיתוף פעולה עם הרשויות.

ג. ההליך המשפטי

14. ביום 6.2.2013 הגישה המבקשת, באמצעות באי הכוח המייצגים, עו"ד יוקי שמש, עו"ד עמית מנור ועו"ד אורי ברעם, תביעה ובקשה לאישורה כתובענה ייצוגית נגד המשיבות, אל-על, בריטיש איירוויז, לופטהנזה וסוויס (להלן, יכוננו יחדיו: "המשיבות"), לפי פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות: "תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית" (להלן: "בקשת האישור").

15. עניינה של בקשת האישור הוא בטענת המבקשת כי המשיבות, 4 חברות תעופה העוסקות בשילוח מטענים בהטסה מישראל ואליה, היו חלק מקרטל עולמי שפעל בין השנים 2000-2006. על פי הנטען, חברי הקרטל תיאמו ביניהם לאורך התקופה האמורה את המחיר של מספר רכיבים בתעריף שילוח מטענים בהטסה, סיכמו כי ימנעו ממתן הנחות, והחליפו ביניהם מידע על רווחים ומחירים. לטענת המבקשת, השתתפות המשיבות בקרטל הנטען מהווה גם הפרה של דיני התחרות הכלכלית הישראלים, ומקימה נגדן עילת תביעה מכוח סעיפים 2, 4-6 ו-50(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק התחרות הכלכלית") בגין הנזקים שגרמו ללקוחותיהן, ולקוחות של משלחות בינלאומיות, ששילחו סחורות אל ישראל וממנה באמצעותן. מבקשת האישור הוחרגו מטענים ששולחו לארה"ב וממנה, מאחר שפעילות זו נכללה בהסדרי הפשרה בארה"ב (להרחבה בעניין זה ראו פסקאות 110 - 112 להלן).

16. הקבוצות אותן מבקשת הצלחה לייצג הוגדרו על ידה כך (סעיף 2 לבקשת האישור):

א. הנפגעים הישירים: "כל לקוחות המשיבות (בישראל או מחוצה לה) אשר שילחו מטענים לישראל (למעט מארצות הברית) או מישראל (למעט לארצות הברית) בתקופה שתחילתה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 היא לכל המאוחר 1 בינואר 2000 ועד מועד סיום הקרטל, שהנו לכל המוקדם ביום 14
2 בפברואר 2006".
- 3 ב. הנפגעים העקיפים: "כל הלקוחות של הנפגעים הישירים, אשר רכשו מהנפגעים הישירים
4 שירותי שילוח מטענים לישראל (למעט מארצות הברית) או מישראל (למעט לארצות
5 הברית) בתקופה שתחילתה 1 בינואר 2000 לכל המאוחר, ועד סיום הקרטל, שהנו לכל
6 המוקדם ביום 14 בפברואר 2006".
- 7 יצוין כבר עתה כי בסיכומי הצלחה נתבקשו מספר שינויים בהגדרת הקבוצות, ואלה יפורטו
8 בהמשך (פסקאות 110 – 112 להלן).
9
- 10 17. ביום 25.6.2013, לאחר הגשת בקשת האישור ובטרם הוגשו התגובות לבקשה, הגישו המשיבות
11 (כל אחת בנפרד, והמשיבות 3-4 יחד) בקשה לסילוק על הסף. לאחר שהוגשו התגובה והתשובות
12 לתגובה, דחיתי את הבקשה בהחלטתי מיום 12.11.2013 (להלן: "החלטה בעניין הסילוק").
- 13 18. במהלך חודש ינואר 2014 הוגשו תגובות המשיבות לבקשת האישור, וביום 4.3.2014 הוגשה
14 תשובת המבקשת לתגובות. ביום 7.9.2014 הודיע היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "היועמ"ש")
15 על התייצבותו במסגרת ההליך, והגיש את עמדתו בעניין. במסגרת ההליך, הצלחה הגישה
16 מטעמה שלוש חוות דעת של הכלכלן מר חנן שרון (להלן: "המומחה שרון" או "מומחה
17 המבקשת"); בריטיש איירוויז הגישה שתי חוות דעת של פרופ' Robert S. Pindyck (להלן:
18 "המומחה פינדייק"); לופטהנזה וסוויס הגישו שתי חוות דעת של גבי Julia Dietrich (להלן:
19 "המומחית דיטריך") וחוות דעת אחת של ד"ר Stefan Lochner (להלן: "המומחה לוכנר").
20 יצוין כי אל-על לא הגישה חוות דעת מטעמה.
- 21 19. ביום 10.12.2014 הודיע עו"ד אורי ברעם על הפסקת ייצוג המבקשת על ידו עקב "הודעת עו"ד
22 צבי אגמון – ב"כ אל-על, מיום 7.12.14 לבאי כוחה הנוספים של המבקשת בתובענה דנן – עו"ד
23 מנור ושמש, לפיה – הוא נתן בעבר לאל על, חוות דעת בעניין הקרטל נשוא תובענה זו".
24 בהודעתו אישר עו"ד ברעם כי בתקופת חשיפת הקרטל (קרי, תחילת שנת 2006) עבד כעו"ד
25 שכיר במשרד עורכי הדין תדמור לוי ושות', אשר ייצג את אל-על באותה עת, וכי עדכן בעניין זה
26 את עורכי הדין שמש ומנור טרם החל טיפולם המשותף בתיק. יחד עם זאת, ציין עו"ד ברעם כי
27 לא זכור לו שהיה שותף לעריכה של חוות דעת בעניין הקרטל האמור, וכי הוא הדגיש בפני עו"ד
28 מנור בשעתו כי "לא היה מעורב במסגרת עבודתו במשרד תדמור בנושא הקרטל". לדבריו כל
29 מה שידוע לו על הקרטל "הוא מתוקף עבודתו על התביעה הייצוגית דנן", ואולם "לצורך מראית
30 פני הצדק" הוא מודיע "על הפסקת הטיפול [...] עד לתום בירור העניין". בסיום ההודעה
31 הבהיר עו"ד ברעם כי "עו"ד מנור ושמש יחד עם היועץ המשפטי של המבקשת – עו"ד
32 אלעד מן, ימשיכו את הטיפול בתיק דנן כסדרו". בעקבות הודעה זו, הגישה אל-על ביום
33 21.12.2014 בקשה לסילוק בקשת האישור על הסף, ולמצער החלפת המבקשת ובאי כוחה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 מייצוג בתובענה נוכח "חומרת הדברים שהתגלו". ביום 23.12.2014 הצטרפו יתר המשיבות
2 לבקשה. לאחר שהוגשו כלל התייחסויות הצדדים, לרבות היועמ"ש, הגעתי למסקנה כי יש
3 לדחות את הבקשה, על שני סעדיה (החלטה מיום 3.2.2016). על ההחלטה הגישו המשיבות
4 בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, וזו נדחתה על ידי כב' השופט יצחק עמית ביום
5 30.3.2016 (רע"א 2094/16).

6 20. כמו כן, התקיימו במסגרת הדיון בבקשת האישור הליכים מקדמיים וחקירות שנפרסו על פני 6
7 ימי דיונים, והוגשו סיכומי הצדדים (לרבות סיכומים משלימים). עד יצוין כי במספר צמתים
8 במהלך ההליך נוהל בין הצדדים משא ומתן לפשרה, ואולם הוא לא הבשיל לכדי הסדר פשרה.
9

ד. דיון והכרעה

10
11
12 21. טענות הצדדים מתחלקות למספר נדבכים. למען בהירות הדברים אתיחס בתורו לכל אחד
13 מהנדבכים הללו, כסדר פירוטם להלן, כאשר תחילה יוצגו טענות הצדדים ביחס לעניין הנדון,
14 ולאחר מכן יובאו הדיון וההכרעה ביחס לאותן טענות:
15 1. טענות מקדמיות בדבר התיישנות ושיהוי (פסקאות 22-31).
16 2. הוכחת קיומו של הקרטל (פסקאות 32-49).
17 3. קיומה של עילת תביעה לפי חוק התחרות הכלכלית (פסקאות 50-74).
18 4. קיומו של נזק עקב הקרטל (פסקאות 75-96).
19 5. עילת תביעתו של צרכן עקיף (פסקאות 97-102).
20 6. התאמתה של הצלחה לייצוג הקבוצה (פסקאות 103-106).
21 7. התקיימות יתר התנאים לאישורה של התובענה כייצוגית (פסקאות 107-109).
22 8. הגדרת הקבוצות המיוצגות (פסקאות 110-112).
23

1.ד טענות מקדמיות – התיישנות ושיהוי

24
25 22. בריטיש איירוויז טענה כי ה"אמנה לאיחוד כללים מסוימים בדבר תובלה אווירית בינלאומית",
26 שנערכה בוורשה, פולין ביום 12.10.1929, ואשר אליה הצטרפה ישראל ביום 8.10.1949 (להלן:
27 "אמנת ורשה"), המסדירה את אחריות חברות התעופה במתן שירות לנוסעים, מטען וסחורות,
28 היא הדין הרלוונטי לבחינת עילת התביעה. בהתאם, לפי סעיף 29 לאמנת ורשה, הזכות לתשלום
29 פיצויים בגין נזק פוקעת תוך שנתיים, ומאחר שבקשת האישור הוגשה למעלה משנתיים
30 מהמועד בו התגבשה עילת התביעה, התובענה בכללותה התיישנה.
31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

23. ואולם, לעניין תחולתה של אמנת ורשה על ענייננו, הבהרתי כבר בהחלטתי בעניין הסילוק כי
"מאחר שהתובענה שלפני איננה עוסקת כלל בדמי נזק שנגרם עקב הובלה אווירית, אלא
כאמור, בטענה לגביית דמי הובלה ביתר בעקבות קיומו של קרטל, אין להסדר זה כל תחולה
בענייננו" (פסקה 6(ב) להחלטה בעניין הסילוק). בריטיש איירוויז לא טענה בסיכומיה נגד
קביעה זו, ועל כן דין טענתה להתיישנות מכוח אמנת ורשה להידחות.
24. לחילופין, טוענת בריטיש איירוויז, וטענות דומות העלו גם לופטהנזה וסוויס, כי עילת התביעה
התיישנה גם לפי חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: "חוק ההתיישנות"). בעוד שהראיות
שהציגה הצלחה בהליך מצביעות על כך שהקרטל הנטען הסתיים לכל המאוחר בסוף שנת 2005,
ואף לפי טענת הצלחה לופטהנזה פנתה למשרד המשפטים של ארה"ב כבר בדצמבר 2005, בקשת
האישור הוגשה רק בפברואר 2013. מכאן, שעילת התביעה נולדה למעלה מ-7 שנים לפני מועד
הגשת בקשת האישור. זאת ועוד, נטען כי הצלחה לא עמדה בנטל להוכיח כי מתקיימים התנאים
לתחולתו של החריג "התיישנות שלא מדעת" לפי סעיף 8 לחוק ההתיישנות. בקשת האישור
והמסמכים שצורפו לה מבהירים כי עובדות מהותיות רבות הנוגעות לעילת התביעה היו
פומביות ויודעות היטב, ולמצער היו צריכות להעלות חשד בקרב גורמים המעורים בתחום,
שנים רבות לפני מועד הגשת בקשת האישור. בריטיש איירוויז אף הדגישה כי הצלחה לא
הצליחה להוכיח כי חברי הקבוצה, להם קיימת עילת התביעה, לא ידעו או לא יכלו לדעת בדבר
הקרטל הנטען. יצוין כי אל-על בסיכומיה, לא טענה לעניין התיישנות.
25. הצלחה, לעומת זאת, מדגישה כי בקשת האישור הוגשה טרם חלוף תקופת ההתיישנות.
לשיטתה, הסדר כובל אסור מהווה עוולה נמשכת בכל יום שבו מתקיים ההסדר הכובל, ומירוח
ההתיישנות מתחיל בהתקיים אירוע מנתק או ביום הפסקת העוולה. לחילופין, טוענת הצלחה
כי חל בענייננו החריג הקבוע בסעיף 8 לחוק ההתיישנות. משכך, מניין ההתיישנות החל במועד
חשיפת דבר קיומו של הקרטל לציבור – יום 14.2.2006 – לכל המוקדם, ועל כן בקשת האישור
– שהוגשה ביום 6.2.2013 – הוגשה בתוך תקופת ההתיישנות. כן דוחה הצלחה את שאר הטענות
שעלו המשיבות בעניין התיישנות.
26. סעיף 5(1) לחוק ההתיישנות קובע כי תקופת ההתיישנות בתביעה שאינה בעניין מקרקעין היא
7 שנים, וסעיף 6 לחוק ההתיישנות מורה כי תחילתה של תקופת ההתיישנות היא "ביום שבו
נולדה עילת התובענה". עילת התובענה לצורך התיישנות היא מכלול העובדות המהותיות
המולידות את הזכות לסעד המבוקש על ידי התובע (ראו ע"א 4275/10 מולה נ' מדינת ישראל
- משרד הבריאות, פסקה 7 (22.2.2012); ד"נ 32/84 עיזבון וויליאמס ז"ל נ' Israel British
Bank (London) (in liquidation), פ"ד מד(2) 265, 271 (1990)).
27. אפילו אם אקבל את טענת המשיבות לפיה הקרטל הסתיים לכל המאוחר בשנת 2005, ואיני
נדרש להכריע בכך, אני סבור שבמקרה דנן חל "כלל הגילוי המאוחר", וכביטוי בחוק
ההתיישנות – חריג ההתיישנות שלא מדעת.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 28. סעיף 8 לחוק ההתיישנות קובע כך:
- 2 **נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו**
3 **תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת**
4 **ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה.**
- 5 לאמור, כאשר עובדה המהווה את עילת התובענה נודעת לתובע במועד המאוחר ליום
6 התרחשותה, מושעה מרוץ ההתיישנות עד למועד הגילוי. ידיעתו של התובע נבחנת במבחן גילוי
7 אובייקטיבי, דהיינו האם התובע ידע בפועל או בכוח (ע"א 2919/07 **מדינת ישראל - הוועדה**
8 **לאנרגיה אטומית נ' גיא-ליפל**, פ"ד סד (2) 82, פסקאות 49-55 לפסק דינו של השופט **יצחק**
9 **עמית** (2010); ראו גם טל חבקין **התיישנות** 156-164 (2014)).
- 10 29. בענייננו, אין חולק כי דבר קיום הקרטל פורסם לראשונה לציבור ביום 14.2.2006 על ידי
11 הרשויות בארה"ב, וחשיפתו היא שהובילה לפתיחה של חקירות והליכים משפטיים במדינות
12 רבות אחרות ברחבי העולם. אילו העובדות המהותיות היו ידועות עוד קודם לכן, כפי שטוענות
13 המשיבות, יש להניח כי אותן מדינות היו פותחות בהליכים עוד קודם להודעת הרשויות
14 בארה"ב. אם לרשויות התחרות ברחבי העולם לא היו הדברים ידועים, כיצד ניתן להניח כי היו
15 ידועים למבקשת ולחברי הקבוצה, ולמצער לרובם המוחלט. זאת, גם בשים לב למאפייניו של
16 הקרטל שנחשף, לשחקנים הגדולים והמתוחכמים שיצרו אותו, ולהתנהלותה של לופטהנזה,
17 אשר בזכות חשיפת הקרטל זכתה לחסינות מהעמדה לדין פלילי. המשיבות הוסיפו וטענו כי
18 המסמכים שהוגשו על ידי המבקשת מתייחסים לכל המאוחר לשנת 2005, וכי לופטהנזה פנתה
19 לרשויות בארה"ב כבר בשנת 2005. ואולם, מסמכים ועובדות אלו פורסמו לציבור רק לאחר
20 חשיפתו של הקרטל בפברואר 2006. במילים אחרות, מהעובדה שמסמך כלשהו נכתב במועד
21 מסוים לא ניתן להסיק כי זה המועד שבו אותו מסמך התגלה לחברי הקבוצה. לפיכך, דין טענת
22 ההתיישנות להידחות.
- 23 30. המשיבות טוענות כי גם אם התביעה לא התיישנה, לבית המשפט הסמכות לדחות תובענה
24 מחמת שיהוי. זאת משום שבקשת האישור הוגשה 8 ימים בלבד בטרם חלפה תקופת
25 ההתיישנות. המשיבות מלינות על כך שהצלחה וחברי הקבוצה המיוצגת התנהלו כמי שזנחו את
26 תביעתם; כי הגשת בקשת האישור בשיהוי כה ניכר הרעה את מצבן בשל הנזק הראייתי שנגרם
27 להן, ואשר פוגע ביכולתן להתגונן; וכי הצלחה לא סיפקה כל הסבר להשתהותה. הצלחה מנגד
28 דוחה את הטענות, ומדגישה כי לא מתקיימים התנאים לדחיית התובענה מחמת שיהוי.
- 29 31. כידוע, בהקשר של הליך אזרחי, טענת שיהוי בטרם חלפה תקופת ההתיישנות היא **"טענה קשה**
30 **ברבדים שונים"** ו-"נוכח ההשלכות הנובעות מקבלת טענת שיהוי התנאים לקבלתה הם מטבע
31 הדברים מחמירים, ונסיבות החלתה נדירות" (ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה
32 הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 445



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 לא השתכנעתי כי המקרה שלפנינו מצדיק קבלת טענה זו. טענות המשיבות נטענו
2 בעלמא, ללא כל ביסוס ראיתי, בוודאי לא כזה שעומד בתנאים המחמירים שנקבעו בהלכה
3 הפסוקה. המשיבות לא הראו כי הצלחה או מי מחברי הקבוצה יצרו מצג ברור על אודות ויתור
4 מצדם על זכות התביעה; לא הוכיחו כי שינו מצבן לרעה, ואם אכן התרחש שינוי כאמור, ואינני
5 נדרש להכריע בכך, הוא נבע מהתנהגות בלתי ראויה של הצלחה או מי מחברי הקבוצה; ולא
6 הצביעו על התנהלות לא ראויה של הצלחה, למעט העובדה שהגישה את בקשת האישור 8 ימים
7 לפני תום תקופת ההתיישנות (שם, עמ' 445-446). כל זאת גם בשים לב לכך כי במועד בו הוגשה
8 התובענה התנהלו הליכים רבים במדינות אחרות בעולם ביחס לאותם אירועים. לפיכך, דין
9 טענת השיהוי להידחות גם כן.

10

11

2.ד הוכחת קיומו של הקרטל

12 32. ביסוד הבקשה דנן עומדת הטענה כי המשיבות, יחד עם חברות תעופה אחרות, היו צד לקרטל
13 עולמי-גלובלי. המבקשת ביססה טענה זו בעיקר על הודאות בקיומו של קרטל גלובלי שניתנו על
14 ידי המשיבות בהליכים הפליליים שהתנהלו במדינות שונות, כמו גם הסכמי הפשרה שהמשיבות
15 היו צד להם בהליכים אזרחיים שהתנהלו בחו"ל. המשיבות, אשר נמנעו כמעט באופן מוחלט
16 מלהביא ראיות מטעמן בעניין זה, טוענות כי אין די במסמכים אלה כדי לעמוד בנטל ההוכחה
17 המוטל על המבקשת בשלב בקשת האישור לשכנע כי קיימת אפשרות סבירה שיוכח דבר קיומו
18 של קרטל כאמור. עוד טענו כי גם אם הונחה תשתית ראיתית מספקת להוכחת קיומו של
19 הקרטל, אין בה כדי ללמד כי הוא מהווה הפרה של הדין הישראלי. בפרק זה של אתייחס
20 לשאלה האם הונחה תשתית ראיתית מספקת לטענה בדבר קיומו של קרטל עולמי-גלובלי;
21 בפרק הדין הבא (3.ד) אבחן האם התשתית הראיתית מלמדת כי הקרטל האמור, ככל
22 שהתקיים, מגבש הפרה של דיני התחרות הכלכלית הישראליים.

23

24 33. הקרטל לו טוענת המבקשת הוא הסדר שנקשר בין המשיבות, וחברות תעופה נוספות, במסגרתו
25 תיאמו בשנים 2000-2006 ברמה הכלל-עולמית את מחירם של רכיבי תוספות מסוימים הנגבים
26 בעבור שילוח אווירי בינלאומי. שני הרכיבים המרכזיים שלתיאום נטען הם תוספת הדלק
27 ותוספת הביטחון. ויודגש, טענת המבקשת היא כי הקרטל בו עסקינן הוא עולמי-גלובלי, דהיינו
28 כי תיאום מחירן של התוספות האמורות בוצע ברמה הכלל עולמית, ולא התייחס למשלוח
29 מטריטוריה מסוימת או אל טריטוריה מסוימת. נרחיב מעט ביחס לכל אחד מהרכיבים
30 המרכזיים לגביהם נטען לתיאום מחירים.

31 34. **תוספת הדלק** – תוספת זו מושפעת בעיקרה מהוצאות הדלק הסילוני (להלן: "הדס"לי). על פי

32 הנטען, בשנת 1997 פרסם ארגון חברות התעופה הבינלאומי יאט"א (International – IATA)

33 Air Transport Association. להלן: "יאט"א") החלטה הקובעת מתודולוגיה לגביית תוספת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 הדלק. בפועל עד סוף שנת 1999 מחירי הדס"ל לא עלו עד לרמה שהפעילה את גביית תוספת
2 הדלק בהתאם למתודולוגיה שקבעה יאט"א. בנובמבר 1999 מחיר הדס"ל חצה את הרף
3 המפעיל את הגבייה, ואולם יאט"א ייעץ שלא לפעול על פי המתודולוגיה עד אשר יתקבל אישור
4 רגולטורי נדרש. בחודש מרץ 2000 נדחתה בקשת יאט"א לקבלת אישור רגולטורי, תוך שהובהר
5 כי מדובר בהסדר כובל אסור. בעקבות זאת, ביום 14.4.2000 הודיע יאט"א לחבריו כי אין לפעול
6 על פי המתודולוגיה שנקבעה בהחלטתו משנת 1997. חרף זאת, חברו, על פי הנטען, המשיבות
7 וחברות תעופה נוספות להסדר לגבייה מתואמת של תוספת הדלק. תחילה פעלו על פי
8 המתודולוגיה שפורסמה על ידי יאט"א, ובתחילת שנת 2002 פעלו לפי מתודולוגיה חדשה
9 שפרסמה לופטהנזה.
- 10 בשנת 2001 חלה ירידה זמנית במחירי הדס"ל, וכתוצאה מכך התאפסה תוספת הדלק לפי
11 המתודולוגיה שקבעה יאט"א. גביית התוספת התחדשה בשנת 2002, לפי המתודולוגיה החדשה
12 שפרסמה לופטהנזה. בין ינואר 2002 לבין אוקטובר 2005 עלו מחירי הדס"ל, ובעקבות זאת, על
13 פי הנטען, הורחב שיתוף הפעולה, כך שכל פעם שמחירי הדס"ל הגיעו לרמת מחיר מסוימת
14 שנקבעה מראש, מחיר תוספת הדלק עלה בשיעור של 0.05 אירו לק"ג, וזאת בשיעור גבוה
15 מהעלייה בעלויות הדלק בפועל. במהלך תקופת הקרטל הנטען התבצעו כ-22 שינויים מתואמים
16 כאמור של תוספת הדלק.
- 17 35. **תוספת הביטחון** – על פי הנטען תוספת זו תואמה והוטלה לראשונה בסוף שנת 2001. הרקע
18 להטלתה הוא פיגועי הטרור ב-11 בספטמבר 2001, אשר בעקבותם גדלו הוצאות הביטחון של
19 חברות התעופה. חברות התעופה שהיו צד לקרטל תיאמו הטלת תוספת ביטחון כלל עולמית,
20 ללא קשר לעלויות שאותן היא נועדה לכסות וללא קשר ליעדי הטיסה. על פי הנטען, לאורך כל
21 תקופת הקרטל הנטען מחיר תוספת הביטחון עמד על סכום אחיד ויציב של 0.1 דולר אמריקאי
22 לק"ג.
- 23 36. **ויובהר כבר בשלב זה:** אין טענה כי חברות הקרטל תיאמו ביניהם את המחיר הכולל שיגבה
24 בעבור השירות, או את מכלול רכיביו. הטענה היא לתיאום מחירן של תוספת הדלק ותוספת
25 הביטחון, וכן של שתי תוספות אחרות, שנזכרו בשולי בקשת האישור: תוספת מלחמה ותוספת
26 מכס. לגבי רכיבים אחרים (ובראשם מחיר הבסיס), וכנגזר מכך לגבי המחיר הכולל, לא בוצע
27 תיאום במסגרת הקרטל.
- 28 37. הצלחה טוענת כי ההודאות המפורשות בדבר קיומו של הקרטל הנטען שנתנו המשיבות
29 בהליכים הפליליים השונים ברחבי העולם (אשר רמת ההוכחה הנדרשת בהם היא גבוהה), כמו
30 גם הסכמי הפשרה שנחתמו על ידי המשיבות בהליכים האזרחיים ברחבי העולם, מספיקים כדי
31 להרים את נטל ההוכחה הנדרש בשלב זה בעניין הוכחת קיומו של הקרטל. חיזוק לכך מוצאת
32 הצלחה גם בהתנהלות המשיבות במסגרת ניהול ההליך, הכולל אי הצגת מסמכים, חשבוניות
33 ונתונים והבאת עדים שאין להם בקיאות או ידיעה אישית ביחס לקרטל. לכל הפחות, טוענת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 הצלחה כי התשתית הראייתית שהניחה מספיקה על מנת להעביר את נטל ההוכחה אל כתפי
2 המשיבות, וזאת גם על בסיס הטיעונים הבאים: קיימים פערי מידע משמעותיים בין הצדדים,
3 כאשר כל נתוני האמת והמסמכים הרלוונטיים לעניין נמצאים בידי המשיבות; מכוח הלכות
4 ייחודיות בעניין הנוגעות לתובענות ייצוגיות; ומכוח עקרונות משפט כלליים.

5 38. המשיבות מצדן דוחות מכל וכל את טענות הצלחה. לשיטתן, הראיות שהציגה הצלחה
6 מההליכים שהתנהלו בחו"ל אינן קבילות במסגרת ההליך דנן, שכן אין מקור נורמטיבי מכוחו
7 ניתן לצרף ולקלוט אותן לתוך ההליך – לא מכוח פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971,
8 לא מכוח חוק אכיפת פסקי חוץ, התשי"ח-1958 ולא מכוח סמכות טבועה לכאורה הנתונה לבית
9 המשפט. זאת ועוד, אפילו היו המסמכים קבילים, ההודאות שניתנו במסגרת אותם הליכים,
10 כמו גם הסכמי הפשרה שנחתמו, נעשו במסגרת גידור סיכונים בו נקטו המשיבות נוכח העלויות
11 הצפויות ותוחלת הנזק שהעריכו עקב ניהול הליך מלא, ומכאן שאין להסיק מהם דבר. לפיכך,
12 לשיטתן, בקשת האישור נעדרת תשתית ראייתית מינימלית. בהמשך לכך, דוחות המשיבות את
13 טענת הצלחה כי יש להעביר את נטל ההוכחה אליהן. המשיבות טוענות כי הצלחה לא עמדה
14 בנטל הראשוני שיכול להצדיק את העברת הנטל: הצלחה לא עתרה לגילוי מסמכים, למרות
15 שלא הייתה מנועה מלעשות כן; הפסיקה עליה הסתמכה כדי להצדיק את העברת הנטל אינה
16 רלוונטית לנסיבות המקרה דנן; לבסוף, דוחות המשיבות את הטענות בדבר התנהלותן במסגרת
17 ההליך.

18 39. התשתית הראייתית אשר הונחה לפניי בשלב זה ביחס לעצם קיומו של הקרטל היא אומנם
19 חלקית ולכאורית, ואולם הדבר נובע מכך שלרשות המבקשת עמדו רק מקורות פומביים, שעה
20 שהמשיבות, אשר מלוא המידע הרלוונטי מצוי בידיהן, בחרו שלא להביא ראיות בעניין זה, ואף
21 סרבו לאפשר כל בדיקה עובדתית של התיאום ביניהם בשלב זה. במצב דברים זה, ובשים לב
22 לקשיים הקיימים בהוכחת קיומם של קרטלים בכלל, וקרטלים בינלאומיים בפרט, מחד גיסא,
23 ולחשיבות הרבה שבאכיפת הדין בעניין זה, לרבות באמצעות תובענות ייצוגיות, מאידך גיסא,
24 הבסיס הראייתי הלכאורי שהניחה המבקשת די בו על מנת לעמוד בנטל המוטל עליה בשלב
25 בקשה האישור. להלן פירוט הדברים.

ד.2. (1) פערי המידע בין הצדדים והשלכתו על נטל ההוכחה המוטל על המבקשת

28 40. בת"צ 36098-05-16 צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ (16.1.2019) (להלן: "עניין צדוק") דנתי בנטל
29 ההוכחה הנדרש בשלב בקשת האישור נוכח פערי המידע הקיימים בין הצדדים בשלב זה של
30 ההליך. באותו עניין קבעתי כי הנטל המוטל על המבקש להוכיח קיומה של אפשרות סבירה
31 שהתביעה תתקבל נגזר מהיקף המידע, ובכלל זאת נתוני האמת שסיפקה המשיבה (שם, פסקה
32 47). בת"צ 6179-08-16 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (16.1.2019)



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 (להלן: "עניין גפניאל"), אף קבעתי כי ככל שהמשיבה בוחרת בחשיפת נתוני האמת, יש לחייבה
2 בגילוי מכלול הנתונים הדרושים לעניין באופן סביר, וזאת מן הטעם הבא:

3 מתן אפשרות למשיבה לקבוע אילו נתונים בדבר עלויותיה לחשוף, ואילו
4 להסתיר, תוביל למצב בו תבחר באופן אסטרטגי לחשוף רק נתונים המשרתים
5 את טיעוניה (כגון עלויות שהוערכו בחוות הדעת מטעם המבקש בהערכת חסר,
6 להבדיל מכאלה שהוערכו בהערכת יתר), באופן שיכול להחמיר את בעיית
7 נגישות המבקש למידע, ועלול להקשות על גילוי האמת ביחס למדיניות
8 התמחור בה נקטה המשיבה. במילים אחרות, אם המשיבה מעוניינת בחלופה
9 של בירור מקיף ושלם, עליה להראות נכונות לגלות את מכלול נתוני האמת
10 ביחס לעלויותיה מזה והמחיר שהיא גובה מזה. כפי שכבר צוין בהקשר אחר
11 – "חצי אמת יכולה להיות גרועה משקר מלא. כשאדם מגלה טפח מן האמת,
12 אך מכסה טפחיים, הרי עלולה התמונה הכללית להיות שונה לחלוטין
13 מהמציאות" (דברי פרופ' זאב צלטנר ז"ל בספרו חוזים: חלק כללי כרך 1 500
14 (1963), אשר צוטטו בהסכמה על ידי השופט משה בייסקי ז"ל בע"א 494/74
15 חברת בית חשמונאים מס' 96-97 בע"מ נ' אהרוני, פ"ד (2) 141, 144 (1976)).
16 (שם, פסקה 21).

17 והשוו גם אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה
18 הייצוגית" עיוני משפט מב 5 (2019).

19 41. המקרה שלפניי מייצג מצב דברים מובהק בו היקף הנתונים הפומביים העומד לרשות המבקשת
20 הוא מוגבל, ומתמצה במסמכים שפורסמו לציבור ביחס להסדרי הטיעון והסדרי הפשרה שנעשו
21 בחו"ל. המשיבות מצדן לא רק שלא טרחו להביא ראיות מטעמן בעניין, אלא עשו כל מאמץ על
22 מנת שלפני בית המשפט לא ימצא מידע נוסף ביחס לשאלת קיומו של הקרטל: העד מטעם אל-
23 על היה עובד שבין יולי 2000 למרץ 2009 לא הועסק כלל במחלקת המטענים של אל-אל (בין
24 2000 ל-2003 הועסק במחלקת נוסעים ובין 2003-2009 לא עבד כלל באל-על), לא נחקר על ידי
25 הרשויות האמריקאיות בקשר לקרטל, לא היה מעורב בחתימתה על הסכם הטיעון וממילא לא
26 ידע למסור דבר משמעותי על קיום הקרטל (ראו פרוטוקול 14.7.2016, עמ' 495, 504-505);
27 בנוסף אל-על לא הציגה חוות דעת מטעמה ולא חשפה את נתונה, למעט הצגתם של מספר
28 נתונים "מדגמיים" כלשונה; בריטיש איירוויז, לופטהנזה וסוויס הסתפקו אף הן בעדים
29 ובמומחים שלא יכלו לספק מידע ממקור ראשון בעניין קיומו של הקרטל, והנתונים אותם חשפו
30 במסגרת חוות דעת המומחים התייחסו לשאלת הנוק בלבד. זאת ועוד, בדיון מיום 5.3.2014
31 הצעתי לצדדים כי ימונה מומחה מטעם בית המשפט אשר יקבל מהמשיבות נתוני אמת בדבר
32 אופן תמחור תוספות הדלק והביטחון על ידי המשיבות בתקופה הרלוונטית, ויבחן האם קיים
33 מתאם בין רכיבי התוספות שנגבו על ידי כל אחת מהמשיבות. בהתאם, ככל שייקבע כי לא



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 מתקיים מתאם כאמור תידחה בקשת האישור. בדיון שהתקיים ביום 10.4.2014 עלה כי
2 המשיבות אינן מסכימות להצעה.

3 42. במצב דברים זה, בו קיימים פערי מידע ניכרים בין הצדדים, והמשיבות עושות ככל שביכולתן
4 על מנת להימנע ממתן מידע מעבר לזה שפורסם ברבים, נטל ההוכחה המוטל על המבקשת בשלב
5 בקשת האישור להוכיח קיומו של קרטל צריך להיקבע בשים לב למידע הגלוי העומד לרשותה.
6 בנסיבות העניין מידע זה מוגבל להודאות בקיומו של קרטל גלובלי שניתנו בהליכים הפליליים
7 שהתקיימו בחו"ל, כמו גם הסכמי הפשרה שחתמו עליהן המשיבות בהליכים האזרחיים.
8

9

2.ד (2) שיקולי מדיניות המשפיעים על נטל ההוכחה בתובענות מסוג זה

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

13 44. על חשיבות התובענות הייצוגיות בתחום התחרות הכלכלית דומה שאין חולק. זה מכבר עמד
14 בית המשפט העליון על תפקידן של התובענות הייצוגיות כאמצעי לאכיפת החוק והרתעת
15 מעוולים (סעיף 1(2) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח שמש
16 ז"ל, פ"ד סב(2) 437, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת עדנה ארבל (2007); ע"א 2967/95 מגן
17 וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח', פ"ד נא(2) 312, 323-322 (1997)). דיני
18 התחרות הכלכלית הם אחד מאותם תחומים אשר בהם הצורך בשימוש בתובענה הייצוגית הוא
19 מובהק וברור. דיני התחרות הכלכלית הם מהכללים החשובים ביותר להגנת הצרכן. כפי שהיטיב
20 לתאר זאת הנשיא אהרן ברק: "דיני ההגבלים העסקיים הם המגנא כרטא של זכויות הצרכן
21 והתחרות החופשית" (ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף
22 לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 230 (1998)). שילובם של דינים אלה עם
23 כלי התובענה הייצוגית הוא אך טבעי, ונועד להגביר את האכיפה של דיני התחרות בישראל
24 והרתעת מעוולים מהפרתם. בתחום התחרות הכלכלית ניצב האזרח הקטן מול גופים כלכליים
25 גדולים וחזקים. כאשר אותם גופים מתקשרים בהסדר כובל או נוקטים בפרקטיקה
26 מונופוליסטית אסורה, הנזק שנושא כל צרכן הוא ברוב המקרים קטן, ואין די בו כדי לתמרץ
27 הגשת תביעה אישית. ואולם, סך הנזק שנגרם לכלל ציבור הצרכנים עשוי להיות גדול ומשמעותי
28 מאד. יתרה מכך, אפילו יתבע הצרכן את נזקו האישי, לא יביא הדבר להרתעה מפני הפרת
29 החוק. מכאן, מתעצם הצורך בתובע ייצוגי שיתבע את זכותם של כל חברי הקבוצה שנפגעו (ראו
30 גם אמיר ישראלי "כוחו של השוק: התביעה הייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים" משפטים
31 לז 131, 134-141 (2007) (להלן: "ישראלי, כוחו של השוק").

32 45. על החשיבות שראה המחוקק בתובענות הייצוגיות בהקשר של דיני התחרות הכלכלית ניתן
33 ללמוד גם מכך שהאפשרות להגיש תובענה ייצוגית כאמור הוסדרה בחקיקה ראשית, במסגרת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 חוק ההגבלים העסקיים, עובר לחקיקת חוק התובענות הייצוגיות (ראו: חוק ההגבלים
2 העסקיים (תיקון מס' 3), התשמ"ח-1998, ס"ח 302, 305-306, וכן ראו דברי ההסבר לתיקון,
3 ה"ח 231, 232).
- 4 46. חרף הכלים העומדים לרשות המבקש להגיש תובענה ייצוגית בתחום התחרות הכלכלית (ראו,
5 למשל, סיוע והכוונה שמציעה רשות התחרות בהגשת תובענות ייצוגיות בתחום התחרות
6 הכלכלית, <https://www.gov.il/he/departments/general/claims>; סעיף 43(ה) לחוק
7 התחרות הכלכלית), ככלל, הקשיים בניהול תובענה ייצוגית בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית
8 הם משמעותיים. הוכחת העילה אינה פשוטה ומחייבת השקעת משאבים רבים. כך, על דרך
9 הכלל, נדרשת הכנתה של חוות דעת כלכלית (ראו, למשל, רע"א 2616/03 **ישראל בע"מ נ'**
10 **רייס**, פ"ד נט(5) 701, 716-717 (2005) (להלן: "**עניין רייס**")). גם הוכחת נזק או התעשרות
11 בעקבות העוולה עשויה להציב אתגרים לא פשוטים (ראו עניין **רייס**, בעמ' 17. להרחבה בקשיים
12 אלה ואחרים, ראו: מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים ההגבליים – ניתוח מצבת
13 הסעדים הקיימים והצעות לשיפור" **עיוני משפט** לה 5, 33-37 (2012); יצחק יגור "אכיפה
14 פרטית של דיני ההגבלים העסקיים - פוטנציאל לא ממומש!" **המשפט** יג 107 (2008)). על
15 קשיים אלו יעיד גם מספרן הצנוע ביותר של התביעות הייצוגיות שהוגשו בגין עילה זו בשנים
16 הראשונות להפעלתו של החוק (ראו: קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות
17 ייצוגיות בישראל - פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 709, 726-729 (2016)). אכן, בשנים
18 האחרונות ניכרת מגמה של התגברות בשימוש בכלי זה. ואולם, הקשיים בפניהם עומדים
19 המבקש ובא הכוח המייצג בעינם עומדים, ותביעות אלה הן מהממושכות, המורכבות
20 והמאתגרות שבתובענות הייצוגיות המתנהלות במערכת המשפט – וההתדיינות בתובענה דן
21 תוכיח.
- 22 47. לכך יש להוסיף את הקשיים הניצבים לפני תובע המבקש לחשוף ולהוכיח קיומו של הסדר כובל
23 בכלל, וקרטל בינלאומי בפרט. התנהגות קרטליסטית מוסתרת ומוסווית על ידי גופים חזקים
24 ומתוחכמים, וחשיפתה אינה פשוטה כלל ועיקר. לעיתים קרובות אין די בהסתכלות על פעילות
25 הצדדים להסדר, כפי שהיא נחזית כלפי חוץ, כדי להגיע למסקנה בדבר התנהלות אסורה (ראו,
26 למשל, בש"א (מחוזי ת"א) 14471/01 **אזאלוס נ' החברה האמריקאית הישראלית לגז בע"מ**,
27 פסקאות 22-23 (19.12.2006). ערעור על פסק הדין נדחה ביום 2.7.2009 במסגרת ע"א 1212/07.
28 להבדיל מהמדינה ורשויותיה, לתובע הפרטי, לא כל שכן לתובע המייצג, סט כלים מצומצם
29 יותר לחקור ולהשיג מידע על העוולה הנטענת (ראו והשוו: פרק ו' לחוק התחרות הכלכלית;
30 חוק עזרה משפטית בין מדינות, התשנ"ח-1998; הסכם אירופי-ים תיכוני (Euro-
31 Mediterranean Agreement) שנחתם בבריסל, בלגיה ביום 20.11.1996 בין מדינות האיחוד
32 האירופי לבין מדינת ישראל). לפיכך, תובעים מייצגים נשענים, על פי רוב, על ממצאים שנקבעו
33 בחקירות שניהלה רשות התחרות, וככל שלא נוהלו חקירות כאמור הסיכוי שתוגש תובענה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 ייצוגית הוא נמוך (עוד ראו: **ישראלי, כוחו של השוק**, עמ' 147-149; אביאל פלינט וחגי וויניצקי
2 **תובענות ייצוגיות** 432-424 (2017); אריאל אזרחי ודיויד גילה **דיני התחרות האירופאים בראי**
3 **דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** 454, 451 (2019) (להלן: "אזרחי וגילה").

4 בקרטלים בינלאומיים קיים מימד נוסף אשר מקשה על הגשת תביעה – השתתפותן של חברות
5 זרות אשר פועלות מחוץ לישראל, רחוק מעינה של רשות התחרות הישראלית. הקושי האמור
6 ביחס לקרטלים בכלל, וקרטלים בינלאומיים בפרט, מביא לא אחת לתת-אכיפה ולהחלשת
7 ההרתעה. קרטלים בינלאומיים משפיעים על מספר שווקים בהם פעלו ומביאים לנזקים
8 גלובליים, אך, ככלל, נתבעים הם רק בחלק מהמדינות, ולרוב, אך ורק ביחס לנזק שנגרם באותן
9 מדינות. לפיכך, כדי להגיע להרתעה יעילה, כל מדינה אשר הושפעה מהקרטל נדרשת לפעול
10 בתחומה. הסיבות לכך הן מגוונות והמעוניינים להרחיב יכולים לעיין ב: Margaret
11 Levenstein & Valerie Suslow, *Contemporary International Cartels and Developing*
12 *Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy*, 71
13 *ANTITRUST L. J.* 801 (2004); Michal S. Gal, *Antitrust in a Globalized Economy: The*
14 *Unique Challenges of Small and of Developed Economies*, 33 *FORDHAM*
15 *INTERNATIONAL L. J.* 1 (2009), ובהקשר של ישראל: Michal S. Gal, *Extra-territorial*
16 *Application of Antitrust – The Case of a Small Economy (Israel)*, New York
17 University Law and Economics Working Papers. Paper 168 (2009) (להלן: "גל, אקס-
18 **טריטוריאליות בהגבלים עסקיים**"). ראו גם סעיף 21 לקביעת הממונה על התחרות דאז, פרופ'
19 דיויד גילה, מיום 16.9.2013 בדבר "הסדר כובל בין יצרניות מסדרי מתח מבודדי גז". על קשיי
20 האכיפה ביחס לקרטלים בינלאומיים עמד גם היועמ"ש בעמדתו (ראו פסקאות 9-10 לסיכומי
21 היועמ"ש).

22 בשל הקושי בהוכחתו של קרטל בינלאומי, לצד הצורך בפתרון לבעיית הרתעת החסר ותת-
23 האכיפה, הועלו מספר פתרונות במהלך השנים. אחד מהם הוא הצעתה של פרופ' מיכל (שיצר)
24 גל בדבר מנגנון אימוץ (The Adoption Mechanism), לפיו בתי משפט ורשויות תחרות
25 מדינתיים יוכלו לאמץ ממצאים של בתי משפט ורשויות זרות בדבר קרטלים בינלאומיים, כל
26 עוד ההסתמכות על אותם ממצאים היא סבירה והוגנת בהתאם לקריטריונים מוצעים. בכך,
27 היא סבורה, יתאפשר לתובעים להתמקד בהשפעות המקומיות של הקרטל הבינלאומי, דהיינו
28 הנזק שנגרם בשוק המקומי, יצומצמו באופן ניכר המשאבים הדרושים להעמדה לדין, וכתוצאה
29 מכך האכיפה וההרתעה ישתפרו משמעותית (להרחבה, הן בדבר הפתרונות שהוצעו במהלך
30 השנים, כמו גם מודל מנגנון האימוץ, ראו: Michal Gal, *Free Movement of Judgments: Increasing Deterrence of International Cartels Through Jurisdictional Reliance*, 51(1)
31 *Va. J. Int'l L.*, Vol., 57 (2010) (להלן: "גל, הגברת ההרתעה בקרטלים בינלאומיים").

32
33



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 ד.2. (3) דיות התשתית הראייתית להוכחת קיומו של הקרטל

2 48. נוכח השלב הדיון בו אנו נמצאים – בקשה לניהול התובענה כייצוגית – הרף הראייתי הנדרש
3 על פי סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות הוא קיומן של ראיות לכאורה המגבשות אפשרות
4 סבירה כי השאלות שבמחלוקת יוכרעו לטובת הקבוצה. רף ראייתי זה צריך להיות מפורש
5 בצורה מקלה עם המבקשת, וזאת הן לאור הימנעותן של המשיבות מלהביא ראיות שיפריכו את
6 הטענה בדבר קיומו של הקרטל (כדוגמת אינדיקציות לכך שעדכון מחירי התוספות לא היה
7 מתואם או עדים שיכולים להעיד ממקור ראשון), והן לאור חשיבותו של ההליך הייצוגי לקיומה
8 של אכיפה יעילה של דיני התחרות הכלכלית.

9 49. בשים לב לרף האמור, סבורני כי די בצירופן המצטבר של ההודאות והפשרות בהליכים שנוהלו
10 בחו"ל, עליהן נסמכת הצלחה, כדי לשמש תשתית ראייתית לכאורית להוכחת קיומו של
11 הקרטל. ויובהר, בשלב זה אינני רואה מקום להכריע במעמדן של הראיות שהובאו לעניין זה,
12 ובכלל זה במשמעות שיהיה מקום ליחס להודאות בקיומו של קרטל עולמי-גלובלי שניתנו
13 בהליכים הפליליים שהתקיימו בחו"ל, כמו גם הסדרי הפשרה שערכו המשיבות בהליכים
14 האזרחיים. כן אינני רואה מקום להתעמק בטענה כי הסדרי הטיעון והפשרה היוו גידור סיכונים
15 בלבד, ואין ליחס להם משקל של ממש. הראיות שהצלחה נדרשת להניח לפני בית המשפט בשלב
16 זה הן ראיות לכאורה. במבחן זה ההודאות והפשרות בקיומו של קרטל בוודאי עומדות. לאחר
17 אישור בקשת האישור ידרשו המשיבות, במסגרת כתבי ההגנה שיגישו, להחליט האם הן
18 עומדות על כפירתן בקיומו של קרטל, ומתכחשות למשמעות הלכאורית של הסדרי הטיעון
19 והפשרה שעשו בחו"ל. ככל שיבחרו להימנע מכך, ממילא יתייתר הדיון בשאלת מעמדן הראייתי
20 ומשקלן של ההודאות והפשרות שנעשו בחו"ל. ככל שיבחרו להעמיד שאלה זו למבחן שיפוטי,
21 יעמדו לרשות הצדדים הכלים הדיוניים המלאים הדרושים לצורך בירור העניין, ובכלל זה
22 בקשות גילוי מסמכים, שאלונים וזימון עדים. בשלב בקשת האישור הכלים הללו מוגבלים, בשל
23 טבעו המקדמי של ההליך. לצורך בירור ההצדקה לאפשר בירור התובענה כייצוגית, די לנו בכך
24 שלצורך הליכים שונים בחו"ל הסכימו כל המשיבות להודות בקיומו של קרטל ולשלם פיצויים
25 (והשוו ת"צ 11296-11-15 (מרכז) 15-11-2019 **סוקולובר נ' בזק** (החלטה בהסכמה לאשר ניהול תובענה
26 כייצוגית ניתנה ביום 5.3.2019). באותו מקרה התבסס אישור התובענה, שנעשה בהסכמת
27 המשיבה, על החלטת מנכ"ל משרד התקשורת להטיל עיצום כספי – החלטה שמעמדה הראייתי
28 ומשקלה לא התבררו עדיין)).

29

30 ד.3. קיומה של עילת תביעה לפי חוק התחרות הכלכלית

31 50. התשתית הראייתית שהניחה הצלחה מתייחסת לפעילותו של קרטל תיאום מחירים עולמי-
32 גלובלי. ואולם, הבקשה שהונחה לפניי היא בקשה על פי החוק הישראלי, וממילא היא נדרשת
33 להתבסס על עילות תביעה הנכנסות לגדר התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. הפרט עליו



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 מבוססת הבקשה הוא הפרט הרביעי "תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית". לפיכך, אין
2 די בטענה כי המשיבות היו צד לקרטל בינלאומי. יש לבחון האם הונחה תשתית לכאורית לכך
3 שיש אפשרות סבירה שיקבע כי השתתפות המשיבות בקרטל זה מהווה הפרה של חוק התחרות
4 הכלכלית הישראלי.

5 51. בהקשר זה העלו המשיבות שורה של טענות: ראשית, שהראיות שהציגה הצלחה, שהן הודאות
6 ופשרות המתייחסות לתיאום מחירים בשווקים זרים, אינן מלמדות על תיאום מחירים
7 המתייחס לשוק הישראלי; שנית, כי הראיות אינן מתייחסות לתיאום של המחיר הסופי לצרכן,
8 אלא לתיאום מספר רכיבים במחיר בלבד, ועל כן אין מגבשות הפרה של חוק התחרות
9 הכלכלית; שלישית, כי גם אם היו צד להסדר כובל, הרי שהן חוסות תחת הפטור שנתן בשעתו
10 סעיף 3(7) לחוק התחרות הכלכלית; רביעית, טענות נוספות שידונו תחת הכותרת "עוללות".
11 להלן נבחן את כל הטענות הללו כסדר הצגתן, וזאת לאחר דיון קצר בדיון הישראלי הרלוונטי.

12

13 **ד.3. (1) האיסור על תיאום מחירים בין מתחרים לפי חוק התחרות הכלכלית**

14 52. ענייננו בטענה לקיומו של קרטל על דרך של הסדר כובל לתיאום מחירים. עסקינן בהסדר
15 אופקי, בין מתחרים באותו שוק, להבדיל מהסדר אנכי, שהינו בין ספק ללקוח (כגון הכתבת
16 מחירי מינימום או הסדר לקוח מועדף). מטרתו של הסדר כובל מסוג זה היא להפחית את
17 תחרות המחרים בין המתחרים בשוק, ובדרך זו להעלות את המחיר הנגבה מהצרכן מעל
18 למחיר שהיה נקבע בשוק תחרותי. בכך טמונה פגיעה הן בהיבט היעילות, משום שצרכנים
19 שראוי שירכשו את המוצר (דהיינו, התועלת שיפיקו מהמוצר גבוהה מעלות הייצור) לא רוכשים
20 אותו בשל מחירו הקרטליסטי; והן בהיבט ההגינות, משום שהעוסקים מפיקים רווח עודף על
21 חשבון הצרכנים שרוכשים את המוצר (השוו עניין צדוק, פסקה 27. להרחבה נוספת ראו: מיכל
22 (שיצר) גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" ניתוח משפטי
23 וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 193, 196-200 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן
24 עורכים, 2008) (להלן: "גל, ישראלי ופרלמן").

25 53. על מנת להתמודד עם אותן פרקטיקות עסקיות אשר פוגעות בתחרות החופשית או גורמות נזק
26 לרווחת הציבור, נחקק בשעתו חוק ההגבלים העסקיים, ובשמו העדכני חוק התחרות הכלכלית
27 (להרחבה על תכליותיו של חוק התחרות הכלכלית, ראו עניין צדוק, פסקה 15). לשם הגשמת
28 תכליות החוק נקבע, בין השאר, האיסור על עריכתו של הסדר כובל (בג"ץ 47/83 תור אויר בע"מ
29 נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד (ט) 169, 178 (1985) (להלן: "עניין תור
30 אויר").

31





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

54. פרק ב' לחוק התחרות הכלכלית מסדיר את האיסורים וההגבלות בעריכת הסדר כובל. האיסור הכולל לקיומו של הסדר כובל מעוגן בסעיף 4 לחוק התחרות הכלכלית, לפיו "לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו" אלא אם כן קיבל אישור מאת בית הדין לתחרות (להלן: "בית הדין") או פטור מהממונה על התחרות (להלן: "הממונה"). הפרת האיסור האמור מהווה עוולה בניזקין (סעיף 50(א) לחוק התחרות הכלכלית).
55. סעיף 2(א) לחוק התחרות הכלכלית מגדיר "הסדר כובל" כך:
2. (א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.
- לאמור, ארבעה יסודות נדרשים להוכחת קיומו של הסדר כובל: (1) קיומו של הסדר (וראו גם הגדרת "הסדר" בסעיף 1 לחוק התחרות הכלכלית: "בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו"); (2) הצדדים להסדר הם עוסקים ("בני אדם המנהלים עסקים"); (3) ההסדר מביא להגבלת פעילותו של לפחות אחד מהצדדים להסדר (יסוד זה מכונה "יסוד הכבילה"); (4) עולה חשש לפגיעה בתחרות עקב קיומו של ההסדר (להרחבה על יסודות ההסדר הכובל, ראו מיני רבים: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 868-860 (2005) (להלן: "עניין בורוביץ"); ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות ל"ב-מ"ח (10.8.2015); ע"פ 1408/18 מדינת ישראל נ' בן דרור, פסקאות 22-25 (21.8.2018) (להלן: "עניין בן דרור"). וכן ראו: גל, ישראלי ופרלמן).
56. לצדה של ההגדרה הכללית, קבע המחוקק בסעיף 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית מספר סוגי כבילות אותן יראו כהסדר כובל ללא צורך בהוכחת היסוד הרביעי, דהיינו חשש לפגיעה בתחרות (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 95-96 (2001)). החוק מפרט ארבעה עניינים אשר כבילה בעניינם מוחזקת כשלעצמה כמעוררת חשש לפגיעה בתחרות: "המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם" (סעיף 2(ב)(1)); "הריווח שיופק" (סעיף 2(ב)(2)); "חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו" (סעיף 2(ב)(3)) ו"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם" (סעיף 2(ב)(4)).
- הערה: אומנם קיימת מחלוקת בפסיקה האם סעיף 2(ב) מהווה חזקה חלוטה, אך מחלוקת זו מתמקדת בשאלת החלתה של החזקה על הסדרים אנכיים, ולא בהסדרים אופקיים כמו בענייננו (ראו, למשל: רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח(2) 634 (2004); ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 45



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פ"ד (21.10.2007);
 2 ס(2) 120, 140-141 (2005); עניין בן דרוו, פסקה 27. ראו גם דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את
 3 סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק?" עיוני משפט כז 751 (2004).
 4
 5 57. בענייננו, נטען כאמור כי המשיבות נקשרו בהסדר אופקי לתיאום מחירים, הכובל אותן במחיר
 6 רכיבי התוספות הנגבות במסגרת מתן שירות השילוח הבינלאומי, באופן המנוגד לסעיף 2(ב)(1)
 7 לחוק התחרות הכלכלית ("...יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת... [ל]מחיר שיידרש,
 8 שיוצע או שישולם"). תיאום מסוג זה מצוי בגרעין הקשה של איסורי חוק התחרות הכלכלית.
 9 כפי שמציינים הפרופסורים אריאל אזרחי ודיויד גילה: "תיאום מחירים בין מתחרים הוא
 10 ההסדר הכובל הבוטה ביותר גם על פי הדין הישראלי" (אזרחי וגילה, עמ' 152). זהו איסור
 11 שמתקיימת לגביו חזקה חלוטה כי הוא פוגע בתחרות – דהיינו התנהגות האסורה כשלעצמה
 12 (per-se), וזאת מבלי שנדרש להוכיח חשש לפגיעה בתחרות במקרה הקונקרטי (עניין בורוביץ,
 13 עמ' 868-869). יצוין כי גם באירופה ובארה"ב קרטל אופקי, בין מתחרים, במסגרתו מתבצע
 14 תיאום מחירים הוא אסור כשלעצמו (per-se) ולא נדרש להראות כי הוא עלול לפגוע בתחרות
 15 (לאירופה, ראו סעיפים 101(1) ו-101(3) לאמנת ליסבון (בעבר אמנת רומא) Provisions of the
 16 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU); לארה"ב, ראו סעיף 1 ל-The
 17 Sherman Antitrust Act (1890) וכן 405 U.S. 596 United States v. Topco Associates
 18 ((1972)).

ד.3. (2) התשתית הראייתית לכך שהקרטל מתייחס גם לשוק הישראלי

1 58. טענתן הראשונה של המשיבות ביחס לתחולת הדין הישראלי על הקרטל בו עסקינן היא טענה
 2 מסוג בידול, לפיה אפילו הוכח קיומו של קרטל עולמי, המבקשת לא הוכיחה כי אותו קרטל
 3 פעל בישראל או כי יש לו זיקה כלשהי לישראל, ואף אין במסמכים שהציגה המבקשת כל
 4 התייחסות לישראל או לפעילות של המשיבות בישראל. טענה זו נסמכת על כך שמעורבותן
 5 וחבותן של חברות תעופה רבות השתנו ממדינה למדינה, בהתאם ליעדי טיסה ספציפיים, וכי
 6 ההליכים שהתנהלו בחו"ל תוחמו לפעילות חברות התעופה בתחום השיפוט של אותן מדינות
 7 לפי מידת השפעתן. לפיכך, העובדה שחברת תעופה נשאה באחריות במדינה מסוימת אין
 8 משמעה שהייתה חברה בקרטל במדינה אחרת. המשיבות אף מוסיפות כי אי נקיטת הליכים
 9 נגדן על ידי רשות התחרות הישראלית מעידה גם היא שאין קשר לשוק הישראלי. אל-על
 10 מדגישה כי נחקרה על ידי שתי רשויות תחרות משמעותיות בעולם (הנציבות האירופית ורשות
 11 התחרות בדרום קוריאה), ולאחר שבחנו באופן מעמיק את החומר שהועבר אליהן החליטו שאין
 12 מקום לפתוח בהליכים נגדה; ובמדינות נוספות אליהן שלחה אל-על מטענים ובהן נוהלו הליכים
 13 באותו עניין, כגון אוסטרליה, אל-על אף לא נדרשה להעביר מידע ולא נחקרה בעניין. אל-על
 14 מדגישה כי היא הודתה במסגרת הסדר הטיעון רק בהליכים בארה"ב, ומעבר להליכים אלו לא



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 התקיימו נגדה הליכים נוספים בעולם. מאחר שבקשת האישור החריגה את השילוח לארה"ב
2 וממנה, הרי שלא ניתן ללמוד מהמסמכים שהוצגו על חלקה בקרטל בכל הנוגע לפעילותה
3 בישראל. בריטיש איירוויז, לופטהנזה וסוויס אף מוסיפות כי הקשר הישראלי לקרטל הנוגע
4 נעוץ במעורבות אל-על, השחקנית והמתחרה המרכזית בשוק זה. מכאן, ללא מעורבות אל-על
5 נשמטת הקרקע תחת בקשת האישור כולה. ואכן, טוענות הן כי אין במסמכים כל ראיה לקרטל
6 או להבנות אחרות כלשהן בינן לבין אל-על בכל הנוגע לפעילות שילוח מישראל או אליה.
- 7 בנוסף, ולמעלה מן הצורך, לשיטת המשיבות, הן טוענות כי הוכיחו שהשוק הישראלי הוא
8 תחרותי ופועלים בו מתחרים רבים ומתוחכמים; כי כל אחת קבעה את המחירים באופן עצמאי,
9 מקומי ופרטני ובהתחשב במאפייני השוק המקומי והעסקה הספציפית; וכי לכל משיבה היו
10 תעריפים ודרכי חישוב שונים זה מזה. בריטיש איירוויז, לופטהנזה וסוויס אף מוסיפות כי נתח
11 השוק שלהן ממילא היה מזערי מכדי להשפיע, וזאת גם בשים לב לחברות תעופה נוספות שלא
12 נתבעו במסגרת ההליך דנן.
13
- 14 59. הצלחה, לעומת זאת, טוענת כי ההחלטות שניתנו בהליכים השונים בעולם מעלות כי מדובר
15 בקרטל בינלאומי, אשר אינו מוגבל ליעדים ספציפיים או ללקוחות ספציפיים. לשיטתה, מקום
16 בו מדובר בקרטל עולמי-גלובלי, אשר פעל על פי מדיניות אחידה, די בכך שישנן ראיות לכך
17 שהקרטל פעל במקום מסוים, ובפרט ההודאה של המשיבות עצמן בקרטל, ובכך שהחברות
18 בקרטל פעלו גם בישראל, כדי להסיק שהקרטל השפיע גם על ישראל. כן טוענת הצלחה כי אין
19 לקבל את טענת המשיבות לפיה העובדה שרשות התחרות הישראלית לא נקטה בהליכים בעניין
20 דנן מונעת את האפשרות להיפרע מהמשיבות בגין הפגיעה שגרם הקרטל לשוק הישראלי.
- 21 60. גם בעניין זה יש להעדיף את עמדת המבקשת על פני עמדות המשיבות, וזאת ממספר טעמים
22 מצטברים:
- 23 ראשית, הודאתה של אל-על בהסדר הטיעון האמריקאי, והסדר הפשרה שעשתה בארה"ב,
24 מתייחסים גם לשילוח מטענים מארצות הברית לישראל ומישראל לארצות הברית. ממילא יש
25 בכך כדי ללמד שהקרטל התייחס גם לשילוח אווירי מישראל ואלה.
- 26 שנית, המומחה מטעם בריטיש איירוויז, פרופ' פינדייק העיד בחקירתו, כי ככל שהתקיים
27 הקרטל העולמי הנוגע (עניין לגביו נמנע מלהעיד מאחר שאין לו על כך ידיעה אישית) אין זה
28 סביר להניח כי הקרטל חריג את ישראל. הטעם לכך הוא שמדובר בתיאום גלובלי של תוספת
29 הדלק ותוספת הביטחון, ואין זה הגיוני ליצור תיאום מהסוג הנוגע ברמה מדינתית, וזאת גם
30 בשים לב לאופי שוק השילוח – שוק בינלאומי (ראו פרוטוקול 16.5.2016, עמ' 440-441, 444,
31 447-446. ראו גם עדות העד מטעם בריטיש איירוויז בפרוטוקול 7.9.2016, עמ' 611). חרף מגוון
32 הטענות שהעלו המשיבות, אף לא אחת מהן הצליחה לשלול את המשמעויות הטבעיות
33 המתחייבות מדברים אלה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 שלישית, העדים והמומחים מטעם המשיבות אף הודו במסגרת ההליך כי מחיר תוספות הדלק
2 והביטחון, ביחס אליהן נטען לתיאום, היה אחיד אצל כל אחת מהמשיבות בכל העולם, לרבות
3 בישראל, ללא קשר ליעד הטיסה (ביחס לאל-על, טען העד מטעמה, מר שלום זהבי, כי מחיר
4 תוספת הדלק שגבתה אל-על היה אחיד בכל העולם, אך שונה בשלב מסוים מבלי שהוא יודע
5 להצביע מתי ומבלי שאל-על העבירה לו נתונים רלוונטיים בעניין. ביחס למחיר תוספת הביטחון
6 שגבתה אל-על, העיד כי הוא היה אחיד לכל היעדים ולאורך כל התקופה. ראו פרוטוקול
7 14.7.2016, עמ' 514-515, 517. זאת ועוד, אל-על בסיכומיה טענה כי הראיות המדגמיות
8 שהביאה במסגרת ההליך תומכים בטענה כי היא גבתה מחירים שונים, ואולם מעיון באותם
9 נתונים, שספק אם הם מייצגים, לא ניתן ללמוד את הנטען; ביחס לבריטיש איירוויז, ראו עדות
10 המומחה פינדייק בפרוטוקול 16.5.2016, עמ' 437-438 ועדות העד מטעמה, מר William
11 David Shepherd, בפרוטוקול 7.9.2016, עמ' 584-586, 601-602, 605; ביחס ללופטהנזה
12 וסוויס, ראו עדות המומחית דיטריך בפרוטוקול 21.10.2014, עמ' 313, עדות העד מטעם
13 לופטהנזה, מר שאול גרינברג, בפרוטוקול 14.7.2016, עמ' 567, ועדות העד מטעם סוויס, מר
14 רונן שפירא, בפרוטוקול 7.9.2016, עמ' 654, 674-675). במילים אחרות, אפילו אם ניתן היה
15 להחריג את ישראל מהקרטל הנטען, עדויות העדים והמומחים מצביעות אחרת, דהיינו
16 שהפעילות בישראל לעניין זה אצל כל אחת מהמשיבות כלל לא הייתה שונה מיתר מהמדינות
17 – פשיטא לפיכך שאם תואמו המחירים ביחס ליתר היעדים, אותו תיאום התייחס גם
18 למשלוחים מישראל ואליה. חיזוק נוסף לכך הוא העובדה שביחס לבריטיש איירוויז, לופטהנזה
19 וסוויס מחירי רכיבי התוספות הוכתבו על ידי המשרד הראשי שלהן ולא ניתן היה לתת הנחות
20 ביחס אליהם ללקוחות הישראליים ללא אישורו (פרוטוקול 7.9.2016, עמ' 584-586, 591-593,
21 600; פרוטוקול 14.7.2016, עמ' 550; פרוטוקול 7.9.2016, עמ' 631-632).

22 אכן, עלה בדיונים כי היו מקרים חריגים, שבהם לא הייתה אחידות במחיר התוספות בכל
23 העולם, הן מחמת קיומה של רגולציה המגבילה זאת והן משום שישנם מאפיינים מיוחדים
24 בשוק המקומי שמנעו זאת (כגון מוביל דומיננטי שסירב לקחת חלק), ואולם אף אחת
25 מהמשיבות לא טענה כי זה היה המקרה בישראל. למעלה מן הצורך, אציין כי היה מקום לבחון
26 ביתר העמקה אם ישראל הושפעה מהקרטל אילו אל-על, לה נתח משמעותי בשוק הישראלי,
27 לא הייתה חלק מהקרטל הנטען. ואולם, אל-על הודתה כי הייתה חלק מהקרטל במסגרת
28 ההליכים בארה"ב, ואם כך, הרי שהייתה חברה בקרטל באופן גלובלי (להתייחסות לאפשרות
29 כי קרטל גלובלי ישפיע במדינה בה גורם תחרותי דומיננטי אינו צד לקרטל ראו דבריי המומחה
30 פינדייק בפרוטוקול 16.5.2016, עמ' 485-486).

31 רביעית, חרף טענתן של המשיבות כי מצב הדברים בישראל היה שונה מבשאר העולם, נמנעו
32 המשיבות מלהביא עדים מטעמן שיכלו להעיד מידיעה אישית על עניין זה: העד מטעם אל-על,
33 מר שלום זהבי, סיים את תפקידו באגף המטענים ביולי 2000, בראשית תקופתו של הקרטל



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 הנטען, ועבד עד שנת 2003 בחטיבת הנוסעים, עד אשר עזב את החברה וחזר רק בשנת 2009
2 (פרוטוקול 14.7.2016, עמ' 495-496); העד מטעם בריטיש איירוויז, מר William David
3 Shepherd, היה מנהל תחום מטענים באפריקה עד יוני 2004 ורק ממועד זה היה למנכ"ל תחום
4 מטענים באירופה, שכולל את ישראל (פרוטוקול 7.9.2016, עמ' 576, 612); העד מטעם
5 לופטהנזה, מר שאול גרינברג, היה מקדם מכירות ורק החל ממאי 2003 היה למנהל מטען
6 Lufthansa Cargo AG בישראל. ואולם, כפי שהעיד, אין בידיו מידע קונקרטי בדבר קיומו או
7 היעדרו של קרטל (פרוטוקול 14.7.2016, עמ' 553-555); העד מטעם סוויס, מר רונן שפירא,
8 אומנם נכנס לתפקיד מנהל אזור ישראל בעת הקמתה של סוויס בשנת 2002, אך הוא הודה
9 בחקירתו כי גם בידיו אין מידע בדבר קיומו או היעדרו של הקרטל, וכי הוא כלל לא היה מעורה
10 בתמחור של הטסת מטענים (פרוטוקול 7.9.2016, עמ' 669-672). ודוק, העדים שהביאו
11 המשיבות פעלו בשווקים אחרים שלא קשורים לישראל, ולחילופין כלל לא עבדו בחברה
12 בתקופה הרלוונטית, ולחילופין אפילו שפעלו בישראל מטעם המשיבות כלל לא היו
13 מעורים בסוגית תיאום מחירי התוספות מושא הקרטל הנטען.
- 14 **חמישית**, אי העמדה לדין על ידי הרשויות השונות בעולם, ובכלל זאת על ידי רשות התחרות
15 הישראלית, לא מלמדת על היעדר אחריות של מי מהמשיבות, ובוודאי שאינה מעניקה "תעודת
16 הכשר" לפעולתן (ראו והשוו גם לקביעת השופט אליהו מצא בבג"ץ 326/96 **כספי ואח' נ'**
17 **הממונה על ההגבלים העסקיים**, פ"ד נ(5) 133, 154 (1996): **"וכשם שבפעם קביעתו של**
18 **הממונה, בדבר קיומו של הסדר כובל, אין כדי להטיל חבות, כך אין בביטולה או בצמצום**
19 **היקפה של קביעה כזאת כדי לזכות מחבות, ואף לא משום ראיה לכאורה להיעדר חבות"**; עוד
20 ראו סעיף 12 לסיכומי היועמ"ש). אי חקירה או העמדה לדין יכולה לנבוע משיקולים שונים,
21 כגון משאבים מוגבלים של אותן רשויות (ראו והשוו: עניין **צדוק**, פסקה 13). כאמור, ההליכים
22 המתנהלים בעניין קרטלים בינלאומיים הם ארוכים, ובמסגרתם מחויבות הרשויות בשלבים
23 רבים ובקיום חובות על פי דין, כגון הליכי שימוע. כל אלה מחייבים הקצאת משאבים רבים
24 ויקרים, ועל כן על רשויות התחרות לכלכל את צעדיהן במסגרת אותה מציאות של משאבים
25 מוגבלים. כך למשל, יעדיפו רשויות התחרות לעסוק במי שיש תועלת גבוהה בניהול הליך נגדו,
26 ובכלל זאת מי שהוא בעל נתח שוק משמעותי, כדי שהעלויות הכרוכות בניהול חקירה והליך
27 שכזה יהיו כדאיות. לחילופין, סיבה אחרת לאי חקירה יכולה להיות חשש שאותם הליכים
28 ירתיעו חברות, ויובילו בסופו של דבר ליציאתן מהשוק (ראו, למשל: **גל, אקס-טריטוריאליות**
29 **בהגבלים עסקיים**, בעמ' 15-19; **גל, הגברת ההרתעה בקרטלים בינלאומיים**, בעמ' 66-67).
- 30 61. סיכומו של דבר, נוכח מכלול הטעמים שלעיל, המבקשת הצליחה לעמוד בנטל המוטל עליה
31 בשלב זה, ולהוכיח ברמה הלכאורית הנדרשת כי המשיבות היו צד להסדר כובל גלובלי אשר
32 התייחס גם למשלוח אווירי של סחורות מישראל ואליה, וזאת באופן המנוגד לכאורה לדין
33 הישראלי לפי סעיפים 2(ב) ו-4 לחוק התחרות הכלכלית.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 הערה : בסיכומיהם מתייחסים הצדדים גם לשאלה אם יש תחולה בדין הישראלי לדוקטרינת
2 ההשפעות ("Effects Doctrina"), המגדירה את היקף התחולה האקס-טריטוריאלית של דיני
3 התחרות הכלכלית (לאזכור הדוקטרינה, מבלי להכריע לגבי תחולתה, ראו רע"א 925/17
4 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' **AU Optronics Corporation**
5 (31.7.2017). לדיון בדוקטרינה ראו קביעת הממונה על התחרות דאז, פרופ' דיויד גילה, מיום
6 16.9.2013 בדבר "הסדר כובל בין יצרניות מסדרי מתח מבודדי גז". לאור האמור לעיל, אינני
7 רואה צורך להתייחס לעניין זה, מאחר שהקרטל העולמי בו עסקינן חל על שירותים הנוגעים
8 לשוק הישראלי במישרין – שילוח של סחורות מישראל ואליה – וממילא ברור שלדיני התחרות
9 הכלכלית הישראליים תחולה ביחס לעוסקים שפעלו בשוק הישראלי בתחום השילוח
10 הבינלאומי, והיו חלק מהקרטל, ובראשם אל-על (עוד ראו: **גל, אקס-טריטוריאליות בהגבלים**
11 **עסקיים**, עמ' 4, לפיה הצורך בבחינת תחולת הדוקטרינה מתעורר רק מקום בו כלל הצדדים
12 להסדר הם זרים. וראו גם קביעת הממונה על התחרות דאז, עו"ד דרור שטרם, מיום 30.4.2003
13 בדבר "הסדר כובל בין המובילים הימיים חברי הקונפרנס EMTA" שעסק בתיאום של רכיב
14 היטל שגבו מובילים ימיים במסגרת שירותי התובלה בים שהעניקו (להלן: "קביעת הממונה
15 לעניין המובילים הימיים").

ד.3. (3) תיאום חלק מרכיבי המחיר

18 62. המשיבות הדגישו בטיעוניהם, כמו גם בחוות דעת המומחים מטעמם, את העובדה כי מדובר
19 בתיאום של רכיב אחד מהמחיר ולא בתיאום של המחיר הסופי לצרכן. לשיטתם, עובדה זו
20 מצדיקה את דחיית התובענה, שכן תיאום חלק מרכיבי המחיר אינו צפוי למנוע או להפחית את
21 התחרות בעסקים – תחרות שתמשך במלוא עוזה ביחס לרכיבים האחרים של המחיר. מבחינה
22 משפטית, לא ניתן לקבל עמדה זו. האיסור על תיאום מחירים בין מתחרים אינו מתייחס רק
23 לתיאום המחיר הסופי, אלא הוא חל גם ביחס לתיאום רכיבי המחיר, כפי שנעשה בענייננו.
24 בפרשה שכונתה **קרטל המעטפות** נדרש בית המשפט העליון לשאלה האם תיאום מחיר
25 המחירון טרם מתן הנחות, מבלי שיתואם גובה ההנחות שניתן לתת, וממילא המחיר הסופי,
26 עולה לכדי כבילה אסורה במחיר. בית המשפט העליון קבע, תוך התייחסות לפרשנות הגדרת
27 "מחיר" בסעיף 1 לחוק התחרות הכלכלית ("מחיר - לרבות הפרשי הצמדה למדד או למטבע,
28 **ריבית, שיעורי תשלום ותנאי תשלום אחרים**"), כי די בתיאום של רכיב אחד מהמחיר, לצד
29 התקיימותם של יסודות ההסדר הכובל, כדי שייקבע כי מדובר בפרקטיקה אסורה כשלעצמה
30 (ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' וול**, פסקאות קע"א-קע"ה וקפ"א
31 (6.7.2009) (להלן: "**פרשת קרטל המעטפות**"); וראו גם ת"פ (מחוזי י-ם) 209/96 **מדינת ישראל**
32 **נ' אהליך יעקב בע"מ**, פסקה 124 לפסק דינו של השופט **יונתן עדיאל** (הכרעת דין מיום
33 4.8.2002); **אזרחי וגילה**, עמ' 152-153)). במקביל נפסק כי הסכמה על שיעור הנחות זהה מהווה
34 כבילה הנוגעת למחיר, וככזו אסורה, זאת גם אם לא הייתה הסכמה לגבי מחיר הבסיס (ראו



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 ת"פ (מחוזי י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח, פסקה 76 לפסק דינו של
2 השופט דוד חשין (הכרעת דין מיום 18.12.2001); והשוו גם לקביעת הממונה לעניין המובילים
3 הימייס). אכן, כאשר מדובר בתיאום של רכיב אחד מהמחיר הכולל עולה השאלה האם היה
4 בכך די כדי לגרום לנזק לציבור הצרכנים, ומה הוא היקפו של הנזק האמור. ואולם זה הוא עניין
5 לשאלת קיומו של הנזק ולא לשאלת קיומו של הסדר כובל אסור. ככל שמדובר באיסור עצמו,
6 הרי שסעיף 2(א)(1) מבהיר כי כל הסדר שבו כבילה שעניינה "המחיר שיידרש, שיוצע או
7 שישולם" בין מתחרים חזקה חלוטה שהוא הסדר כובל. בכך די לעניינו.
- 8 63. ודוק, בניגוד לטענות המשיבות כי מדובר בתיאום של רכיבים שוליים מהמחיר הכולל, ספק אם
9 חלקן של תוספות הדלק והביטחון הוא אכן שולי כנטען (ביחס לבריטיש איירוויז, נתח כל
10 התוספות מהמחיר הכולל עמד על 15%-25%. ראו פרוטוקול 16.5.2016, עמ' 403; ביחס
11 ללופטהנזה וסוויס, שיעור תוספת הדלק מהמחיר הכולל עמד על 35%. פרוטוקול מיום
12 21.10.2014, עמ' 315 (בעדות מר שפירא, העד מטעם סוויס, חלקה של תוספת הדלק מהמחיר
13 הכולל היה בין 20% לבין 40%. פרוטוקול 7.9.2016); ביחס לאל-על, כאמור, לא סופקו נתונים
14 רלוונטיים). אלה אינם רכיבים שוליים, ומכל מקום, כמובהר, אף שמתקיימת תחרות ביחס
15 לרכיבים אחרים, ובכלל זאת מחיר הבסיס, כמו שטוענות המשיבות, עדיין תיאום של רכיבי
16 התוספות בלבד הוא אסור כשלעצמו.
- 17 64. העובדה שגם תיאום חלק מהמחיר נופלת לגדר האיסור per-se לפי חוק התחרות הכלכלית
18 מייתרת את הדיון בשאלה האם תיאום זה הינו אפקטיבי מבחינה כלכלית, דהיינו האם הוא
19 צפוי להביא להעלאת המחיר בשוק מעבר למחיר התחרותי. ניתן להעלות שורה של תאוריות
20 לעניין זה – החל באפקט הזליגה (spillover effect), לפיו שיתוף פעולה בין מתחרים יוצר
21 תנאים נוחים להידברות ולהעברת מידע גם בתחומים אחרים, שביחס אליהם אין תיאום
22 מפורש, ובכך מקל על התיאום בין המתחרים ומקטין את התחרות ביניהם; דרך האפשרות
23 שהדבר משפיע על תוצאת המיקוח, מאחר שהוא מוציא רכיב מסוים של רווח משליטתו של
24 המשווק העומד מול הלקוח. וכלה בטיעון כי תיאום כזה עשוי להשפיע על תוצאות המיקוח בין
25 העוסק ללקוח, מאחר שהוא מצמצם את הסכום הנתון לכאורה למשא ומתן, ומגדיל את
26 השיעור הנחזה של כל הנחה הניתנת ללקוח (הנחה של 10 ש"ח ממחיר של 70 ש"ח בצירוף
27 עמלות קבועות בגובה 30 ש"ח, עשויה להראות ללקוח משמעותית יותר מהנחה של 10 ש"ח
28 מתוך מחיר של 100 ש"ח). ובלשונו הקולחת של השופט (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין
29 בפרשת קרטל המעטפות:
- 30 דומה, כי נהיר לכל בר בי רב - בהתאם להיגיון ולשכל הישר (ובמאמר מוסגר
31 יצוין, כי אם לא כן, התקשינו להלום את הגיונו הכלכלי של המהלך ואת
32 כדאיותו) שתיאום בין מתחרים בדבר העלאת מחירי המחירון, מעלה את
33 המחיר הסופי הנגבה מן הלקוחות, אף אם ניתנות על מחיר זה הנחות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 בשיעורים שונים. שיעור ההנחה מחושב ברגיל כחלק יחסי מן המחיר
2 הבסיסי, ומכאן שהעלאת המחיר הבסיסי, ככל ששיעור ההנחה נותר זהה,
3 מעלה מניה וביה גם את המחיר הסופי (עוד יש לזכור, שלא נקבע כי כל
4 הלקוחות נהנים תמיד מהנחות ממחיר המחירון [...] וכי חלקם היו משלמים
5 את מחיר המחירון שהועלה, אילו היה זה יוצא לשוק) (פסקה קע"ד).

6 יהיה ההסבר אשר יהיה, ואף אם אין כל הסבר, המדובר בהפרה של האיסור על תיאום מחירים
7 בחוק התחרות הכלכלית – ובכך די בשלב בו אנו עוסקים (להסברים השונים של נציגי
8 המשיבות, שהתפתלו בלשונם להסביר את התועלת מאחורי תיאום רכיבי התוספת, ראו, למשל,
9 פרוטוקול 16.5.2016, עמ' 386-393, 398-402, 420-421; פרוטוקול 14.7.2016, עמ' 539-540).

10

11 ד.3. (4) הטענה לתחולת פטור על ההסדר

12 65. לאחר שהגעתי למסקנה כי הונחה תשתית ראייתית לכך שהקרטל מהווה, לכאורה, הסדר כובל
13 אסור של תיאום מחירים לפי חוק התחרות הכלכלית הישראלי, נשאלת השאלה האם הדין
14 הישראלי מעניק פטור להסדר האמור, ובפרט האם חל הפטור הקבוע בסעיף 3(7) לחוק התחרות
15 הכלכלית.

16 66. סעיף 3 לחוק התחרות הכלכלית שכותרתו "הסדרים שאינם הסדרים כובלים" קובע פטורים
17 להסדרים כובלים מסוימים, כאשר הרלוונטי לענייננו הוא ס"ק (7) אשר קובע כי לא ייחשב
18 כהסדר כובל "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית באויר, או לתובלה בינלאומית
19 משולבת, באויר וביבשה ובלבד שכל הצדדים לו הם –

20 1. מובילים באויר; או,

21 2. מובילים באויר, ואיגוד בינלאומי של חברות תעופה שאושר לענין זה על-

22 ידי שר התחבורה;

23 ושהודעה עליו נמסרה לשר התחבורה בדרך שקבע; שר התחבורה יודיע, אחת

24 לשנה, לוועדת הכלכלה של הכנסת על הודעות כאמור".

25

26 הערה: סעיף 3(7) לחוק התחרות הכלכלית תוקן בשנת 2007 במסגרת תיקון מס' 10 לחוק
27 התחרות הכלכלית, והוסף סעיף 3א לחוק התחרות הכלכלית, כך שצומצמה תחולת הפטור,
28 באופן המחריג מגדרו מצב בו אחד הצדדים להסדר הוא ישראלי ואחד מהם אינו ישראלי. תיקון
29 זה אינו חל בענייננו.

30 67. שלושה רכיבים נדרשים כדי לעמוד בתנאי הפטור: (1) כל הצדדים להסדר הם מובילים באויר

31 (או איגוד בינלאומי של חברות תעופה שאושר על ידי שר התחבורה); (2) כל הכבילות נוגעות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 לתובלה בינלאומית באוויר או לתובלה בינלאומית משולבת באוויר וביבשה ; (3) נמסרה הודעה
2 לשר התחבורה בדבר ההסדר.
- 3 המחלוקת בין הצדדים נוגעת להתקיימות הרכיב השלישי – מסירת הודעה לשר התחבורה.
4
- 5 68. המשיבות טוענות כי סעיף 3(7) לחוק התחרות הכלכלית, כנוסחו בתקופה הרלוונטית לבקשת
6 האישור, העניק פטור גורף להסדרים כובלים בתחום התובלה האווירית, וכי דווקא תיקון
7 הסעיף בשנת 2007 ממחיש כי ההסדר המשפטי שנהג תומך בטענות המשיבות לפיהן הפטור חל
8 על הקרטל בו עסקינן. זאת ועוד, טוענות המשיבות כי אין במסירת ההודעה לשר התחבורה,
9 כמו גם באי מסירתה, להקים או לשלול את מתן הפטור, כאשר כל אחת מהמשיבות מעלה
10 מספר טעמים לכך: השר ממילא אינו בעל סמכות לבחון את ההסדר בהיבט התחרותי, אלא
11 הפטור ניתן אוטומטית, מבלי שנדרשת החלטה של הממונה על התחרות, שר התחבורה או כל
12 גוף אחר בעקבות מתן ההודעה האמורה. לכל היותר, מסירת ההודעה נועדה לאפשר לשר
13 התחבורה לבחון את ההסדר לאור חוק התובלה האווירית, התש"ס-1980; אפילו היה ניתן
14 לייחס להודעה משמעות ביחס לתחולת הפטור, ממילא חברי הקבוצה לא יכלו לצפות לפיצוי
15 בגין הקרטל, בשל כך שלא נמסרה ההודעה משום שההודעה אינה פומבית; מכל מקום ברבות
16 השנים מנגנון מסירת ההודעה הפך ל"אות מתה", והוא חסר נפקות מעשית, כך שיש לראות
17 באי מתן הודעה לכל היותר כפגם טכני שאינו גורע מתחולת הפטור.
- 18 69. הצלחה דוחה את טענות המשיבות, הן משום שהטענות עומדות בסתירה לטענות אחרות של
19 המשיבות, שעניינן כפירה בעצם קיומו של ההסדר הכובל; הן משום שהמשיבות לא עמדו
20 בדרישת ההודעה, אותה קובעת הוראת הסעיף כתנאי לתחולת הפטור.
- 21 70. היועמ"ש סבור כי יש לדחות את טענות המשיבות לעניין תחולתו של הפטור, הן על בסיס פשוטו
22 של הסעיף והן על בסיס הפרשנות הראויה שיש ליתן לפטורים השונים הקבועים בסעיף 3 לחוק
23 התחרות הכלכלית. לשיטת היועמ"ש, עמדת המשיבות מרחיבה יתר על המידה את הפטורים
24 בחוק, כך שהסדרים רבים הפוגעים בתחרות ובציבור יוותרו מחוץ לחוק, בניגוד לתכליתו ורוחו.
25 עוד מציין היועמ"ש כי למיטב ידיעתו לא נמסרה לשר התחבורה הודעה אודות הקרטל, וממילא
26 השר לא הודיע עליה לועדת הכלכלה של הכנסת, ומכאן שהוראת הסעיף לא קוימה, וגם מטעם
27 זה לא חל הפטור שבחוק התחרות הכלכלית. בעניין זה מדגיש הוא כי דרישת ההודעה אינה
28 דרישה טכנית גרידא.
- 29 71. המשיבות למעשה אינן חולקות על כך שלא מסרו הודעה לשר התחבורה כנדרש בהוראות
30 הפטור, אלא מבקשות הן לטעון כי דרישה זו מיותרת ולכן לא היה בה צורך. טענה זו אין בידי
31 לקבל. אכן, מתן ההודעה לשר התחבורה אין משמעותה כי נדרש אישורו דה-פקטו להסדר
32 הכובל, ואולם אין בכך כדי לייתר את הדרישה למסירת ההודעה (עניין **תור אויר**, עמ' 179-180).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 ראו גם סעיף 3.4 לקביעת הממונה לעניין המובילים הימיים). לא בכדי המשיבות לא הביאו ולו
2 אסמכתא אחת לטענתם זו.

3 זאת ועוד, לטענת הפטור האמור התייחסתי במסגרת החלטתי בעניין הסילוק, תוך שציינתי את
4 הדברים הבאים:

5 **המשיבות טוענות שהן חוסות בגדר סייג זה, וזאת למרות שהן כופרות בעצם**
6 **קיומו של ההסדר הכובל הנטען, וממילא לא יכולות להצביע על כך שנמסרה**
7 **ביחס אליו הודעה לשר התחבורה. טיעון מסוג זה הוא בגדר תרתי דסתרי.**
8 **סעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים מבקש לפטור מתחולת החוק הסכמים**
9 **כובלים קיימים, שניתן להם פרסום באופן שקבע המחוקק (הודעה לשר**
10 **התחבורה האחראי לידע את ועדת הכלכלה של הכנסת). המשיבות לא רק**
11 **שאינן טוענות כי מסרו על ההסדר הודעה באופן שקבע המחוקק, אלא טוענות**
12 **בשלוש בקשות הסילוק כי ההסדר לא הוכח כלל. כיצד תתכן בריה משפטית**
13 **שכזו, הסדר כובל בדמותו של חתול צ'שייר, אשר המשיבות מכירות בקיומו**
14 **לצורך הדיון בפטור שבסעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים וכופרות בו לכל**
15 **דבר ועניין אחר? למשיבות פתרוניס (פסקה 6ד. להחלטה בעניין הסילוק).**

16
17 משהמשיבות חזרו על טיעוניהן בעניין זה, דומה כי נימוקים אלה כוחם יפה גם עתה.
18 לפיכך, לא מצאתי כי הקרטל הנטען חוסה תחת פטור המצדיק את החרגתן של המשיבות
19 מאחריות לפי חוק התחרות הכלכלית.

20

21 **ד.3. (5) עוללות**

22 72. בריטיש איירוויז העלתה טענה חלופית לפיה על הקרטל הנטען חלה אמנת ורשה, השוללת פיצוי
23 בגין הנזקים הנטענים, ובהתאם לעקרון ייחוד העילה אין להחיל את חוק התחרות הכלכלית.
24 הטענה בדבר תחולת אמנת ורשה על המקרה דן נדחתה על ידי בהקשר של טענת ההתיישנות
25 בפסקה 23 לעיל, והאמור שם יפה גם לכאן.

26 73. לבסוף, יש להידרש לטענה ייחודיות שהעלתה אל-על: לשיטתה מעורבותה בקרטל הנטען כבר
27 נבחנה על ידי בודק חיצוני ובלתי תלוי שמונה בהליך אחר, ומהבדיקה עלה כי אין ראיות לכך
28 שהייתה צד לתיאום מחירים אסור (תנ"ג (כלכלית) 12-03-38591 בר עם נ' אל על נתיבי אויר
29 לישראל בע"מ (8.7.2014). ערעור שהוגש לבית המשפט העליון נדחה במסגרת ע"א 5974/14.
30 ואולם, אין בכך כדי לסייע לאל-על. הבודק החיצוני שמונה נועד לבחון "אם יש מקום מבחינת
31 החברה להגיש תביעה נגד המשיבים ויביא את מסקנותיו בפני דירקטוריון החברה" (פסקה 4
32 להחלטה). חוות הדעת של הבודק הוגשה לאל-על, אך זו האחרונה לא צירפה אותה לתיק בית
33 המשפט, ומכאן שבית המשפט כלל לא נדרש אליה. כל שהסתפקה בו אל-על באותו הליך הוא



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 צירוף תמצית מסקנותיה של החברה, המבוססות בין השאר על חוות דעת הבודק, בדבר הגשת
2 תביעה בשם החברה. בית המשפט התייחס לעניין זה בקובעו "בנסיבות אלה, בהן לא ניתנה
3 לבית המשפט האפשרות לבחון מה עמד בפני הבודק, למותר לציין כי אין באפשרות בית
4 המשפט להתייחס מהותית להחלטת הבודק, וזאת מבלי להטיל דופי בעבודתו וישרו
5 המקצועי. על כן, משקלה של בדיקת הבודק הוא נמוך מאוד" (פסקה 49 להחלטה). לפיכך, דין
6 הטענה להידחות.

7 74. סיכומו של חלק זה – העולה מן האמור לעיל הוא כי ההסדרים בין המשיבות, וחברות תעופה
8 נוספות, ביחס למחיר תוספות הדלק והביטחון, מהווים הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)1 לחוק
9 התחרות הכלכלית. הסדר זה אינו נמנה עם ההסדרים הכובלים שהוחרגו מהחוק, והמשיבות
10 לא הצליחו להוכיח כי התקבל לגבי פטור או היתר. משכך, המשיבות פעלו בניגוד לאיסור על
11 הסדר כובל הקבוע בסעיף 4 לחוק התחרות הכלכלית.

12

13

4. ד קיומו של נזק עקב הקרטל

14 75. למרות אזהרות בית המשפט (ראו, למשל, פרוטוקול 15.9.2014, עמ' 7-9), הקדישו בריטיש
15 איירוויז, לופטהנזה וסוויס (אך לא אל-על) חלק ניכר מראיותיהם וטיעוניהם לשאלת הנזק
16 שנגרם עקב הקרטל. כתוצאה מכך חרג הדיון בסוגיה זו בצורה משמעותית מהמקובל והדרוש
17 בשלב של בקשה לאישור תובענה כייצוגית (כך, כפי שכבר נמסר, הוגשו לא פחות מ-8 חוות דעת
18 מטעם המבקשת והמשיבות 2-4, והתקיימו חקירות מקיפות ומפורטות של המומחים). להלן
19 אתייחס לשאלות השונות המתעוררות בקשר לנזק, והדרושות להכרעה בבקשת האישור.
20 שאלות החורגות מהדרוש, יוותרו לשלב הדיון בתובענה גופה.

21 76. הסעד המבוקש במסגרת התובענה שלפניי הוא פיצוי בגין נזק ממון שנגרם לחברי הקבוצה בגין
22 היותן של המשיבות צד להסדר כובל, וזאת בניגוד לסעיפים 2(ב)1 ו-4 לחוק התחרות הכלכלית.
23 העילה לתביעת סעד זה מעוגנת בסעיף 50(א) לחוק התחרות הכלכלית, הקובע כי "דין מעשה
24 ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". מאחר שעל פי
25 פקודת הנזיקין, על מנת לזכות בסעד של פיצויים, אין די בהוכחת קיומה של התנהגות עוולתית,
26 אלא נדרש להוכיח קיומו של נזק ולכמת אותו (ראו סעיף 76 לפקודת הנזיקין), הרי שליסוד
27 הנזק יש בתובענה שלפנינו תפקיד כפול: ראשית, כיסוד בעילת התביעה, במובן זה שאם לא
28 הונחה תשתית להוכחת קיומו של נזק בעקבות הפרת חוק התחרות הכלכלית, לא ניתן להגיש
29 תביעה נזיקית לפיצויים, ובוודאי שלא תביעה ייצוגית לפיצויי חברי הקבוצה (ראו דני"א
30 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6) 385 (2003); עניין רייס, עמ'
31 717-718); שנית, כבסיס לקביעת הסעד שיינתן ככל שתוכח עילת התביעה. כידוע, במסגרת
32 בקשה לאישור תובענה כייצוגית יש לבחון האם קיימת אפשרות סבירה לקיומה של עילת
33 התביעה, ובכלל זה להוכחתו של נזק ככל שהוא מהווה חלק מעילת התביעה; והאם הוצעה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 מתודולוגיה אשר לפיה ניתן יהיה לקבוע את הסעד המגיע למבקשים, דהיינו מתודולוגיה
2 להערכת הנזק (ראו: ע"א 458/06 עו"ד שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ, עמ' 16 לפסק
3 הדין (6.5.2009)). לעומת זאת, אין צורך בשלב הדיון בבקשת האישור לקבוע או להעריך מהו
4 היקפו של הנזק שנגרם, וזאת לא לצורך הדיון בעילת התביעה ולא לצורך הדיון בשאלת הסעד
5 (ראו: רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות, פסקה 60 (9.12.2015)
6 (להלן: "עניין קולך"); רע"א 979/13 לנדמארק גרופ בע"מ נ' הראל פיא קרנות נאמנות בע"מ,
7 פסקאות 10-12 (25.6.2015); ע"א 5378/11 פרנק נ' אולסייל, פסקה 50 (22.9.2014); רע"א
8 9745/16 Comverse Technology Inc נ' דויטש, פסקה 16 (8.8.2017); רע"א 3608/18
9 יפאורה תבורי בע"מ נ' שוקרון, פסקה 14 (1.7.2019)).

10 77. משמעות הדברים לעניינו הוא שסוגיית הנזק שנגרם לחברי הקבוצה עקב הקרטל מחייבת בשלב
11 זה לדון בשתי שאלות בלבד: **שאלת אחת** הנוגעת להוכחת עילת התביעה – האם הונחה תשתית
12 ראייתית לכך שיוכח כי קיימת אפשרות סבירה שייקבע כי נגרם נזק לחברי הקבוצה עקב
13 הקרטל (וזאת ללא קשר לגודלו של הנזק האמור); **שאלה שנייה** הנוגעת לשאלת הסעד – האם
14 הוצגה מתודולוגיה נאותה לחישוב הנזק שנגרם עקב הקרטל (וזאת מבלי שנדרש עדיין להפעיל
15 מתודולוגיה זו). להלן אמקד את הדיון בשאלות אלה.

ד.4. (1) הוכחת קיומה של אפשרות סבירה שיקבע כי נגרם נזק לחברי הקבוצה עקב הקרטל

18 78. חזקה סטטוטורית היא כי תיאום מחירים בין מתחרים מפחית את התחרות בשוק (ראו סעיף
19 2(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית). לחזקה זו מצטרפת במקרה דנן הוראת סעיף 4(ב)(2) לחוק
20 תובענות ייצוגיות, הקובעת כי כאשר ארגון מגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית לפי סעיף
21 4(א)(3) לחוק, "כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק... די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה
22 נגרם נזק לחבר הקבוצה או כי קיימת אפשרות סבירה שנגרם נזק לקבוצה שבשמה הוגשה
23 הבקשה". המצרף מאפשר, אולי, לטעון כי משהוכח קיומו של קרטל מהסוג של תיאום
24 מחירים, הרי שחזקה כי גרם לפגיעה בתחרות, ופגיעה זו יוצרת אפשרות סבירה לנזק לחברי
25 הקבוצה (ראו והשוו: עניין קולך, פסקה 61). אם כך, הרי שייתכן כי המבקשת יכולה לעמוד
26 בנטל הנדרש ממנה בשלב זה לעניין הוכחת קיומו של נזק על בסיס קביעות וחזקות הדין בלבד.

27 79. ואכן, הצלחה טוענת כי המשיבות לא הצליחו לסתור את החזקות לעניין הנזק, וכן לא הצליחו
28 לשלול את העקרונות הכלליים לפיהם קיומו של קרטל מהסוג בו עסקינן מעיד על קיומו של
29 נזק. מכל מקום, אף אלמלא החזקות הללו, הצלחה טוענת כי היא הציגה ראיות מספקות בעניין
30 הנזק המצדיקות את העברת הנטל בעניין זה אל כתפי המשיבות. הצלחה טוענת כי הקרטל גרם
31 לשלושה סוגים של נזקים: הראשון, עליית מחירי שירותי שילוח מטענים בהטסה של המשיבות,
32 ולמצער אי ירידת מחירי המשיבות מקום שאלמלא הקרטל היו יורדים; השני, ירידה בכמות
33 המטענים שהובלו דרך האוויר, בגין רמת מחירים גבוהה מתמחור תחרותי; השלישי, "אפקט



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 המטרייה" (Umbrella Effect) לפיו תגובה רציונאלית של מתחרים שאינם צד לקרטל,
 2 שנוכחים לדעת שהמחירים שמציעים המתחרים שלהם הם קרטליסטים, היא לעלות מחירים,
 3 וגם בנזק זה נושאות המשיבות. ואולם, במסגרת בקשת האישור, כפי שעולה מחוות הדעת
 4 שהגישה, מתמקדת הצלחה בנזקים מהסוג הראשון בלבד. לצורך הוכחת נזק זה, צרפה הצלחה
 5 לבקשת האישור חוות דעת מומחה של הכלכלן מר חנן שרון אשר נתבקש "לאמוד את הנזק
 6 הכספי שנגרם ללקוחותיהן של החברות: אל על, לופטהנזה, בריטיש וסוויס" (להלן: "חוות
 7 דעת שרון הראשונה"). בחוות דעת זו נאמד הנזק שגרמה גבייתם של תוספות הדלק והביטחון,
 8 כולל הפרשי הצמדה וריבית עד ליום 31.12.2012, בסכומים המפורטים בטבלה להלן (הנתונים
 9 במיליוני ש"ח):

נזק כולל	היטל ביטחון	היטל דלק	
473	176	296	אל-על
60	22	38	לופטהנזה
41	15	26	בריטיש איירוויז
39	14	25	סוויס

10
 11 80. המשיבות תוקפות את חוות דעת שרון הראשונה, וטוענות כי היא מבוססת על מתודולוגיה
 12 שגויה ועושה שימוש בנתונים שאינם נתוני אמת. כתוצאה מכך היא מוצאת נזק מקום שאינו
 13 קיים כלל. המשיבות 2-4 אף הציגו חוות דעת של מומחים נכבדים מטעמן (המומחה פינדייק
 14 מטעם בריטיש איירוויז; המומחית דיטריך והמומחה לוכנר מטעם סוויס ולופטהנזה), אשר
 15 בצד ביקורת על המתודולוגיה של המומחה שרון, מבקשות להראות כי הצבת נתוני אמת
 16 במתודולוגיה שהוצעה על ידו (המומחה פינדייק), או שימוש במתודולוגיה מתוקנת (המומחית
 17 דיטריך. להלן: "המתודולוגיה המתוקנת") או בגרסיה (המומחה לוכנר) מלמדת שחברות
 18 המשיבות 2-4 בקרטל לא גרמה לכל נזק בשוק הישראלי. בעקבות זאת הגיש המומחה שרון
 19 שתי חוות דעת נוספות, חוות דעת ממרץ 2014 המתייחסת לחוות הדעת של המומחה פינדייק
 20 והמומחית דיטריך (להלן: "חוות הדעת השנייה") וחוות דעת מדצמבר 2016 המתייחסת לחוות
 21 הדעת של המומחה לוכנר (להלן: "חוות הדעת השלישית"). יצוין כי בחוות הדעת השנייה מציין
 22 המומחה שרון כי למרות בקשותיהם של באי הכוח המייצגים, לא הועברו הנתונים המלאים
 23 אשר על בסיסם בוצעו החישובים על ידי מומחי המשיבות 2-4.

24



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 במסגרת החלק הנוכחי אתייחס לניסיונות לקעקע את חוות דעת שרון באמצעות טיעונים
2 אחרים, ובכללם הצבת נתוני אמת במודל שהוצע על ידו, הצגת מתודולוגיה מתוקנת והצעת
3 מודל רגרסיה – מהלכים שננקטו על ידי מומחי המשיבות 2-4, אך לא על ידי אל-על. בחלק הבא
4 של הדיון אתייחס לביקורת המתודולוגית על חוות דעת שרון.
- 5 82. המשיבות סבורות כי התשתית הראייתית הקיימת בשלב זה, ובכלל זה חוות דעת שרון, אינה
6 מגבשת אפשרות סבירה שיקבע בתובענה ייצוגית, ככל שזו תאושר, כי נגרם נזק לחברי
7 הקבוצה. טענתן זו נסמכת על שני קווי טיעון: **האחד**, המשותף לכל המשיבות, עניינו האפשרות
8 העיונית כי תיאום מחירי חלק מרכיבי המחיר (בענייננו בעיקר תוספת הדלק ותוספת הביטחון)
9 יגרום לנזק לחברי הקבוצה; **השני**, עניינו בטענה כי כעניין אמפירי לא נגרם נזק בעקבות
10 הקרטל. דין טענה זו, על שני ראשיה, להידחות.
- 11 83. ככל שהדברים אמורים בקו הטיעון התיאורטי, הרי שדחייתנו מתחייבת מעמדת הדין, אשר
12 רואה בתיאום חלק מרכיבי המחיר התנהגות אסורה כשלעצמה. ממה נפשך, אם תיאום חלק
13 מרכיבי המחיר אינו גורם, ואינו עשוי לגרום, לנזק לתחרות החופשית בשוק (דהיינו, לעליית
14 המחיר בשוק מעבר למחיר התחרותי), וזאת משום שהצדדים יתחרו ביניהם באופן מלא
15 במסגרת רכיבי המחיר שאינם מתואמים, כי אז לא רק שתיאום כזה לא צריך להיות אסור
16 כשלעצמו, אלא צריך לכאורה לקבוע כלל הפוך, לפיו תיאום כזה, כשלעצמו, מותר. זאת ועוד,
17 אף אם תאמר כי האיסור על תיאום חלקי מחיר מוצדק, לא בשל כך שתיאום כזה פוגע
18 כשלעצמו בתחרות, אלא רק בשל הסכנה של אפקט הזליגה (spillover effect), כי אז קשה
19 לראות מדוע פרקטיקה שאינה גורמת כשלעצמה לפגיעה בתחרות, אלא היא רק בגדר פרקטיקה
20 "מקדמת תיאום" (facilitating practices), זוכה לטיפול כל כך נוקשה. מכל מקום, קשה
21 להשתכנע כי חברות גדולות כמשיבות, ומנהלים מצליחים כמנהליהן, ערכו ביניהן תיאום
22 שנמסר להן מלכתחילה כי רשויות התחרות רואות בו עבירה על דיני התחרות הכלכלית (כפי
23 שנעשה ביחס לתוספת הדלק), וזאת מבלי שסברו כי צומחת להן מתיאום זה תועלת כלשהי.
24 זאת ועוד, טיעון זה גם עומד בניגוד לעסקאות הטיעון והסכמי הפשרה שנכרתו בעניין זה
25 במדינות אחרות, שכן משמעו כי גם להם לא היה כל טעם. קיצורו של דבר, קו הטיעון התאורטי
26 מחייב לקבוע כי כל המעורבים בעניין בארץ ובעולם – החל מהחברות ומנהליהן, דרך רשויות
27 התחרות וכלה במחוקקים ובבתי המשפט – פועלים על בסיס הנחת יסוד שגויה. קו טיעון כזה,
28 המבוסס על העדפת הטיעון התאורטי על פני המציאות, בגדר "**לא יכול להיות, ועל כן גם אם
29 תמצא – אל תאמין**" אינו יכול להצליח; ואולי מוטב לומר "**המציאות עולה על כל תאוריה**".
- 30 84. ככל שהדברים אמורים בקו הטיעון האמפירי, הרי שאל-על ביססה אותו על נתונים מדגמיים,
31 בעוד שהמשיבות 2-4 ביססו אותו על חוות דעת מקצועיות, שהוגשו על ידי מומחים כלכליים.
32 ביסוס טענה אמפירית כי קרטל לא גרם נזק על נתונים מדגמיים, שנבחרו על ידי העוסק, אינו
33 יכול ללמד דבר. חזקה על אל-על כי תדע להציג לבית המשפט את אותם נתונים הפועלים



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 לטובתה, ואין כל מנגנון המבטיח כי בשלב הדיון בבקשת האישור יחשפו לפני בית המשפט
2 הנתונים הנגדיים. משום כך אין להתבסס על ראיות אנקדוטאליות מסוג זה לסתור את החזקה
3 לפיה תיאום מחירים בין מתחרים גורם נזק לציבור הלקוחות. לעומת זאת, חוות דעת
4 מקצועיות המנתחות את הנתונים, ומלמדות לכאורה כי המשיבות לא הפיקו רווח מפעילות
5 הקרטל, עשויות להיות משמעותיות יותר. לפיכך אתמקד להלן באפשרות ללמוד מחוות הדעת
6 שהגישו המשיבות 4-2 את שהן מבקשות – דהיינו כי כעניין אמפירי חברותן בקרטל לא גרמה
7 לנזק לחברי הקבוצה.
- 8 85. חלקן של חוות הדעת שהגישו המשיבות מבוססות כאמור על המתודולוגיה אותה הציע
9 המומחה מטעם המבקשת, וזאת למרות ביקורת חריפה שמותחים עורכי חוות הדעת על
10 מתודולוגיה זו (ביקורת אליה אתייחס להלן בפסקאות 88-95). בכך אין לכאורה פסול, שכן קו
11 הטיעון שעומד מאחורי הדברים הוא זה: המתודולוגיה שמציע מומחה המבקשת מחמירה עם
12 המשיבות, ומביאה להערכת יתר של הנזק שגרם הקרטל. עם זאת, גם לפי מתודולוגיה מחמירה
13 זו לא נגרם כל נזק מפעילות הקרטל. ובכל זאת, קיים קושי אנליטי גם בקו טיעון זה. שהרי,
14 אם לפי המתודולוגיה המחמירה לא נגרם כל נזק, הרי שבהתאם למתודולוגיה הנכונה הציבור
15 הישראלי הרוויח מהקרטל. או במילים אחרות – תיאום מחירי התוספות הביאו בפועל לעלייה
16 בתחרות בשוק, ולירידת המחיר אל מתחת למחיר התחרותי. הייתכן?
- 17 86. אפס, הטעמים לכך שאין בטיעון האמפירי שהציגו המשיבות כדי להצדיק את דחיית בקשת
18 האישור איננו הטיעון האמור, שייתכן וניתן לתת לו תשובות טובות, אלא טיעונים אחרים, אשר
19 להם לא ניתנו בשלב זה תשובות טובות. הוא נעוץ בהצטברות של ארבעת אלה:
- 20 **ראשית**, טיעון אמפירי, לפיו נתוני האמת אינם מגלים נזק לא ניתן להציג בדרך החד צדדית בה
21 הלכו המשיבות 4-2. לעיל, עמדתי על חוסר הסימטריה הקיים בין המבקשת למשיבות ביחס
22 לנגישות לאינפורמציה, וציינתי כי מתן אפשרות למשיבות להציג נתונים על פי בחירתן, עלול
23 רק להחריף את חוסר הסימטריה האמור (וראו פסקאות 40-42 לעיל). המקרה שלפנינו משקף
24 היטב קושי זה. המשיבות לא פנו לבית המשפט והציעו שימוש במנגנון אובייקטיבי להערכת
25 הנזק שגרם הקרטל (השוו ת"צ (מרכז) 32392-04-15 **גרינולד נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק**
26 **תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (פסק דין המאשר בקשת הסתלקות בעקבות חוות דעת מומחה
27 מטעם בית המשפט שלימדה על העדר רווח חריג מפעילות מונופול ניתנה ביום 26.6.2018); ת"צ
28 (מרכז) 44192-11-15 **הרפז נ' הראל חברה לביטוח בע"מ** (פסק דין המאשר בקשת הסתלקות
29 בעקבות חוות דעת מומחה מטעם בית משפט שלימדה על העדר רווח מהסדר כובל ניתנה ביום
30 10.4.2018). הן גם לא הציעו לאפשר למבקשת ולמומחה מטעמה גישה חופשית למכלול
31 הנתונים. חלף זאת, הגישו המשיבות 4-2 מיוזמתן לבית המשפט מספר חוות דעת שהוכנו על
32 ידי בסיס נתונים שנבחרו על ידן, ואף לא נענו לבקשת הצלחה להעביר אליה את הנתונים על
33 בסיסם נעשו חישובי המומחים מטעמן (המשיבות 4-2 טענו כי היה על המבקשת לפנות לבית



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 המשפט בבקשה לחייב אותן להעביר את הנתונים – ואולם החובה להעביר נתונים אלה לצד
2 שכנגד מוטלת עליהן, ואין הן יכולות לרחץ בנקיון כפיהן). במצב דברים זה אין לומר כי ניתנה
3 לשני הצדדים הזדמנות הוגנת לבחון את הנתונים אותם הגדירו המשיבות 2-4 כנתוני אמת,
4 ולהציג את מסקנותיו לפני בית המשפט. כבר מטעם זה לא ניתן לקבוע כי הפעלת המתודולוגיה
5 שהציג מומחה המבקשת על נתוני האמת של המשיבה 2, לא כל שכן הפעלת מתודולוגיה
6 מתוקנת על נתוני האמת של המשיבות 3-4, מלמדת כי הקרטל לא גרם לנזק.

7 **שנית**, חוות דעת שהגישו מומחי המשיבות מתייחסות אך ורק לתיאום תוספת הדלק,
8 ומתעלמות מההשפעות של תיאום תוספת הביטחון (עניין לגבי לא סיפקו המשיבות נתונים
9 אפילו למומחים מטעמן – התנהלות הממחישה את הקושי במתן אפשרות למשיבות לקבוע
10 כיצד תבוצע הבדיקה). ממילא כל ממצא לגבי השפעת הקרטל הוא חלקי. זאת ועוד, גם ניתוח
11 השפעת תיאום תוספת הדלק נסמך על הנחות מסוימות, אשר קשה לאמתן כל עוד מלוא נתוני
12 האמת לא הועמדו לרשות מומחה המבקשת או לבחינה של מומחה אובייקטיבי מטעם בית
13 המשפט. אסתפק בדוגמה אחת כדי להמחיש את העניין: המשיבות 2-4 נותנות את שירותי
14 הטסת המטענים שלהן בישראל באמצעות מטוסי נוסעים (וזאת בשונה מאל-על, אשר עושה
15 שימוש למטרה זו גם במטוסים המשמשים להטסת מטען בלבד). לפיכך, מתעוררת השאלה
16 כיצד יש להקצות את ההוצאות על דלק סלוני בין הפעילויות (ניתוח זה נדרש הן ליישום
17 מתודולוגיית המומחה מטעם המבקשת והן ליישום המתודולוגיה המתוקנת, שכן שניהם
18 נדרשים לנתון זה). מטבע הדברים, קיימות שיטות שונות לבצע תחשיב זה, והן עשויות להשפיע
19 משמעותית על התוצאות. עניין זה בולט מהשוואה בין הנתונים שסופקו ביחס לכל אחת
20 מהמשיבות. כך, למשל לפי תחשיב המומחה פינדייק הוצאות הדלק של בריטיש איירוויז בשנים
21 הרלוונטיות היו גבוהות פי 3 עד 5 מהוצאות הדלק של סוויס לפי תחשיב המומחית דיטריך (אך
22 דומות להוצאות הדלק של לופטהנזה לפי תחשיב המומחית דיטריך). לעניין זה לא ניתן כל
23 הסבר, למרות שגם המצהירים והמומחים מטעם המשיבות הסכימו שלא צריכה להיות שונות
24 של ממש בהוצאות הדלק של חברות התעופה (ראו פרוטוקול דיון 16.5.2016, עמ' 447-449, 458-
25 457 (המומחה פינדייק); פרוטוקול דיון 14.7.2016, עמ' 566 (מר שאול גרינברג, המצהיר מטעם
26 לופטהנזה)).

27 **שלישית**, עיון בניתוחים שמציג המומחה מטעם בריטיש איירוויז, המתבסס על מתודולוגיה
28 זהה לזו של מומחה המבקשת, מגלה כי בשנים מסוימות הם מצביעים על רווח מסוים מקיומו
29 של הקרטל. בחוות דעתו הראשונה מגיע המומחה פינדייק למסקנה כי שימוש במתודולוגיה של
30 מומחה המבקשת ביחס לנתוני האמת של בריטיש איירוויז מלמד שסך הרווח של בריטיש
31 איירוויז בשוק הישראלי מתיאום רכיב הדלק בשנים 2002-2005 הוא שלילי (הפסד של 3.5
32 מיליון ש"ח מהחברות בקרטל), אך בשנים 2002 ו-2003 בכל זאת צמח לה רווח (1.8 מיליון ש"ח
33 ב-2002 ו-800,000 ש"ח ב-2003). בחוות דעתו השנייה של המומחה פינדייק, בה בוצעו התאמות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 לאור הערות מומחה המבקשת, גדל ההפסד הכולל לכ-4.6 מיליון ש"ח, ונותר רווח רק בשנת
2 2002, בסכום של כ-840,000 ש"ח. יצוין כי המומחה פינדייק סבר כי אין להתייחס לניתוח זה
3 כאמין, לאור הליקויים במתודולוגיה של מומחה המבקשת, ואולם הוא לא הציג ניתוח המלמד
4 מהו סכום הטעות. אם כך, הרי שגם לפי חוות דעת זו אין לומר כי אין אפשרות סבירה שיוכח
5 קיומו של נזק בתום ההליך – למצער, ביחס לשנים הללו. ודוק, המשיבות טענו כי יש לבחון את
6 הרווחיות בכל שנות פעילות הקרטל, ואולם משמעות הדבר היא קיזוז בין הרווחים בשנים
7 מסוימות, להפסדים בשנים אחרות. קשה לראות מהו הבסיס לקיזוז שכזה – על פני הדברים,
8 רווחים מהתנהלות פלילית בתקופה אחת אינם מתקזזים בהפסדים שנגרמו מאותה התנהלות
9 פלילית בתקופה אחרת.

10 חוות הדעת של המומחית דיטריך מטעם סוויס ולופטהנזה מתבססות כאמור על מתודולוגיה
11 מתוקנת, השונה מזו של מומחה המבקשת, וזאת תוך שימוש בנתונים על מחירי האמת ששולמו
12 על ידי הלקוחות בשנים הרלוונטיות והשוואתם למחירים ששולמו בשנת 1999, דהיינו קודם
13 לקרטל, וזאת בניכוי שינויים במחירי הדלק. חוות הדעת הללו אומנם מלמדות על הפסד מקיום
14 הקרטל לכל אורך התקופה, ואולם המודל עליו הן מבוססות מעורר קשיים לא מבוטלים, ואלה
15 לא קיבלו מענה במסגרת חקירות המומחית דיטריך. כך, למשל, הוא מתעלם משינויים במבנה
16 השוק שחלו באותה תקופה, שלא בעקבות הקרטל, כגון כניסתה של ק.א.ל. לשוק בסוף שנת
17 1999, ואינו מנטרל אותם מהתוצאות. המומחית דיטריך מודעת לבעיה זו, אך לטענתה
18 לופטהנזה וסוויס מסרו לה כי לא היו שינויים אקסוגניים בתקופה הרלוונטית. ואולם, לא ניתן
19 לקבל טענה זו, אשר נשענת על טענות לופטהנזה וסוויס אך לא על נתונים מבוססים, וזאת
20 במיוחד בשים לב לכך שהמומחית דיטריך לא בדקה זאת בעצמה ועל כן אין היא יכולה להעיד
21 על כך (פרוטוקול דיון 21.10.2014, עמ' 289).

22 בחוות הדעת של המומחה לוכנר נעשה שימוש במודל הרגסיה, העשוי לפתור בעיות אלה, ואולם
23 מקובלת עליי טענת המבקשת כי מודל הרגסיה של המומחה לוכנר איננו משוכלל דיו, לא
24 מבחינת מספר התצפיות ולא מבחינת מספר המשתנים המסבירים, כדי לספק ניתוח אמין (וראו
25 פסקה 93 להלן).

26 מטעם זה אינני רואה בממצאי חוות דעת המומחים דיטריך ולוכנר בסיס המפריך את האפשרות
27 הסבירה שיקבע כי הקרטל הניב טובת הנאה לסוויס וללופטהנזה, למצער בחלק מהשנים.

28 **רביעית**, גם אם נקבל לצורך הדיון את הטענה כי מבחינה אמפירית המשיבות 2-4 לא הרוויחו
29 מקיום הקרטל בישראל, אין משמעות הדבר כי לא הרוויחו מקיום הקרטל העולמי. ודוק, ייתכן
30 שהשפעתו של הקרטל בשוק הישראלי פעלה לטובת השחקן החזק בו (אל-על), ולרעת השחקנים
31 הקטנים (וביניהם לופטהנזה, סוויס ובריטיש איירוויז). ואולם בכך אין כדי ללמד שלא גרם נזק
32 לחברי הקבוצה, או שהמשיבות 2-4 פטורות מאחריות לפצותם בגין נזק זה. במילים אחרות,
33 הערכת נזקי הקרטל אינה יכולה להתבצע ביחס למשיבות 2-4 בלבד, ובהתעלם מאל-על,



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 השחקנית המרכזית בשוק הישראלי. ניתן להמחיש זאת באמצעות דוגמה פשוטה: נניח כי
2 המשיבות היו מחלקות ביניהן את השוק, כך שכל אחת מהן הייתה מקבלת בלעדיות במדינתה
3 – סוויס בשוויץ, לופטהנזה בגרמניה בריטיש איירוויז בבריטניה ואל-על בישראל. פשיטא כי
4 במקרה כזה אם היינו בוחנים את הרווח שצמח לסוויס, לופטהנזה ובריטיש איירוויז בשוק
5 הישראלי היינו מגלים כי לא רק שלא הרוויחו מהקרטל, אלא שנשאו בנזק כתוצאה מקיומו
6 (נזק שנפל, כך ניתן להניח, מהרווח שהפיקו מהבלעדיות שניתנה להן במדינותיהן). האם מכך
7 נובע שהקרטל לא גרם נזק בישראל? האם אין סוויס, לופטהנזה ובריטיש איירוויז נושאות
8 באחריות לנזקי הקרטל לשוק הישראלי? דומני כי התשובה השלילית לשתי השאלות ברורה על
9 פני הדברים.

10
11 87. מכל הטעמים הללו, סבורני כי המבקשת עמדה בנטל המוטל עליה בשלב זה להוכיח כי יש
12 אפשרות סבירה שייקבע בתום הדיון בתובענה כי הקרטל גרם לנזק לחברי הקבוצה. ויובהר,
13 אין בקביעה זו כדי להכריע בשאלת הנזק – לא לעניין עצם קיומו ובוודאי שלא לעניין כימותו.
14 עניינים אלה צריך שיבחנו לאחר שמכלול המידע הרלוונטי ייחשף לפני שני הצדדים, יוגשו חוות
15 דעת מטעמם על בסיס מידע זה, וייתכן מאד שאף לאחר מינוי מומחה מטעם בית המשפט לצורך
16 הערכת הנזק (ובהסכמת הצדדים, ניתן אף למנות מומחה מטעם בית המשפט מבלי שיוגשו חוות
17 דעת נוספות של הצדדים, באופן שעשוי לפשט את המשך ההליך, ואף לחסוך משמעותית
18 בעלויות ובהליכי גילוי). בשלב הנוכחי די בטיעון העקרונות, ובניתוח הכלול בחוות דעת שרון, כדי
19 ללמד כי קיימת אפשרות סבירה שייקבע כי הקרטל גרם לנזק לקבוצות שבשמן הוגשה
20 התובענה.

ד.4. (2) הצגת מתודולוגיה לחישוב הנזק

21
22
23 88. כאמור, על המבקשת להציג בשלב הגשת בקשת האישור מתודולוגיה לחישוב הסעד המבוקש
24 על ידה. הצלחה הסתמכה לעניין זה על המתודולוגיה שהציע המומחה שרון. מתודולוגיה זו
25 מבוססת על ההנחה כי הנזק שנגרם מהקרטל מיוצג על ידי הפער בין סך הפדיון מרכיבי תוספת
26 הדלק והביטחון שגבו המשיבות בגין פעילותן בישראל לבין ההוצאה העודפת של המשיבות עקב
27 השינויים בהוצאות הדלק והביטחון. הנחה זו מבוססת על כך שבתנאיי תחרות התוספת שהיו
28 גובות המשיבות שווה למלוא השינוי בהוצאה שנגרם להן, ולא מעבר לכך (קרי, שהתמחור היה
29 מבוסס עלויות). לצורך חישוב פער זה, יצר המומחה את המשוואה הבאה:

$$TR \text{ (total revenue)} - E = D$$

$$TR = S \times C$$

$$= TR \text{ סך הפדיון השנתי מרכיב התוספת}$$

$$= S \text{ מחיר התוספת (דלק או ביטחון, בהתאמה) בממוצע שנתי פר קילוגרם}$$



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 =C היקף המטען השנתי (בקיילוגרמים)
2 =E ההוצאה העודפת השנתית של התוספת (דלק או ביטחון, בהתאמה) יחסית לשנה בה לא גבו
3 החברות את התוספת האמורה. עבור שתי התוספות, בחר המומחה בשנת 2001 כנקודת ייחוס.
4 =D סך הנזק השנתי
5
6 89. בחוות דעתו הראשונה הגדיר המומחה שרון את השווקים הגיאוגרפים הרלוונטיים לשני
7 אזורים: אירופה ומזרח אסיה (עמ' 11-13 לחוות דעת שרון הראשונה). הנתונים בהם השתמש
8 המומחה שרון לצורך חישוב מחירי תוספות הדלק והביטחון נלקחו ממקורות גלויים ופומביים:
9 מסמכי עסקת הטיעון בבית המשפט הפדראלי באוסטרליה ביחס לחברות בריטיש איירוויז,
10 Air France ו-KLM; ודו"חות כספיים שנתיים של אל-על. ויובהר, הנתונים אינם ביחס לכל
11 המשיבות ואף אינם ביחס לכל שנה בתקופה הרלוונטית לבקשת האישור, אלא המומחה שרון
12 עשה אדפטציה של הנתונים הקיימים לאותם נתונים שלא היו גלויים בפניו. על פי הנתונים,
13 הרווח מקיום הקרטל ברכיבי תוספות הדלק והביטחון נאמד בשנים 2002-2005 במאות מיליוני
14 שקלים ביחס לאל-על, ובעשרות מיליוני שקלים ביחס למשיבות 2 – 4, כמפורט בפסקה 79 לעיל.
15 ויובהר, המומחה שרון לא חולק על כך שהייתה עלייה בהוצאות הדק הסילוני והאבטחה עלייה
16 בשנים הרלוונטיות, אך הוא טוען כי הסכום שנגבה בגין תוספות הדלק והאבטחה הוא גבוה
17 מהשינוי בהוצאות כתוצאה של אותו תיאום בין המשיבות.
- 18 90. מומחי המשיבות מעלים שורה של טענות נגד המתודולוגיה של המומחה שרון: חישוב הנזק
19 בוחן את השנים 2002-2005 בעוד הגדרת הקבוצה לפי בקשת האישור מתייחסת לשנים 2006-
20 2000 (להלן: "אי התאמה בין חישוב הנזק להגדרת הקבוצה"); השימוש בשנת 2001 כנקודת
21 ייחוס, בעוד נדרש היה לבחור לשיטתן נקודת ייחוס מחוץ לתקופת הקרטל, דהיינו לפני שנת
22 2000 או לאחר שנת 2006 (להלן: "הגדרת נקודת הייחוס"); חישוב רכיבי התוספות במנותק
23 מהמחיר הכולל. לטענת המשיבות, גם אם הייתה עלייה במחיר התוספות, זו קוֹזֶזָה דרך
24 ההנחות שניתנו, ולכן לא נגרם נזק (להלן: "טענת מתן הנחות"); התעלמות מהעלייה בהוצאות
25 הדלק בתקופה הרלוונטית; חישוב מוטעה ביחס להיקף המטענים של לופטהנזה וסוויס;
26 השימוש בנתונים שאינם של המשיבות, ולמצער לא של כולן, וכן בנתונים מוטעים וחלקיים
27 (להלן: "שימוש בנתונים לא רלוונטיים").
- 28 91. בחינת הטענות הללו מחייבת להבחין בין טענות ביחס למתודולוגיה לטענות ביחס לאופן
29 יישומה. טענות הנוגעות ליישום, אין צורך לבחון בשלב זה, שכן השאלה היא האם הוצגה דרך
30 לחישוב הנזק שנגרם מהקרטל, ולא האם דרך זו יושמה כהלכה על ידי מומחה המבקשת. לפיכך
31 הטענות בדבר אי התאמה בין חישוב הנזק להגדרת הקבוצה, הגדרת נקודת הייחוס ושימוש
32 בנתונים בלתי רלוונטיים הן טענות שאין צורך להתייחס אליהן בשלב הנוכחי. מכאן שההשגה
33 המרכזית אליה יש להתייחס היא טענת מתן הנחות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 למעלה מהדרוש אעיר בעניין זה מספר הערות: **ראשית**, הנתונים שעמדו לרשות המומחה שרון
2 היו חלקיים מאוד, ואולם אלה הנתונים הגלויים שהיו ברשותו, ועל כן אין לבוא אליו או
3 להצלחה בטענות בעניין זה. כפי שכבר ציינתי, במסגרת הדיון בתובענה יש מקום לאפשר חשיפת
4 הנתונים לפני מומחה המבקשת או, בהסכמת הצדדים, מתן זכות גישה של מומחה אובייקטיבי
5 למכלול נתוני האמת, ובכך ימצא פתרון לקושי זה; **שנית**, הצדדים היו חלוקים ביחס להגדרת
6 נקודת הייחוס לצורך חישוב העלות העודפת. מטבע הדברים, ייתכנו מספר נקודות ייחוס
7 רלוונטיות (מצב פרה-קרטל, מצב פוסט-קרטל, נקודת איפוס של התוספת בתוך תקופת
8 הקרטל) והבחירה ביניהן היא עניין לא פשוט. בסוגיה זה סבורני כי מוטב שגורם מקצועי
9 אובייקטיבי יגדיר לצדדים את נקודת הייחוס, וזאת על מנת למנוע בחירה אסטרטגית שלה
10 (דהיינו בחירה הנגזרת מהתוצאה ולא המכתיבה אותה). לו היה הדבר תלוי בי, ייתכן והייתי
11 מציע לבחון את הנזק תוך שימוש במספר נקודות ייחוס אפשריות (למשל, לגבי תוספת הדלק –
12 1999, 2001, 2006) ופסיקת הנזק הממוצע; **שלישית**, בעת חישוב הנזק יש להתייחס לכל תקופה
13 לגביה מתייחסים הנתונים (שנה, רבעון, חודש וכיו"ב) בנפרד, כאשר אין הפסד בתקופה אחת
14 מקזז רווח מקיום הקרטל בתקופה אחרת (שהרי אין טענה כי הקרטל תרם לתחרות). מכאן גם
15 מתבקשת המסקנה שהשמטת תקופה מהחישוב אינה אמורה להגדיל את היקף הנזק.
- 16 92. ומכאן לביקורת המתייחסת לגופה של המתודולוגיה שהציע המומחה שרון (להבדיל מדרך
17 יישומה). ביסודה של ביקורת זו עומדת הטענה כי היא מתעלמת משתי אפשרויות, הרלוונטיות
18 להערכת הנזק מהקרטל: **ראשית**, האפשרות כי בשל לחצים תחרותיים המשיבות נתנו הנחות
19 בהיקפים גדולים יותר בתקופת הקרטל מרכיבי מחיר אחרים (ובראשם מחיר הבסיס); **שנית**,
20 האפשרות כי ניתנו בתקופת הקרטל הנחות סמויות ביחס לרכיבים שתואמו, או במילים
21 אחרות, שמי מהמשיבות רימתה את הקרטל. בשל הביקורות הללו סבורים מומחי המשיבות,
22 כמו המשיבות עצמן, כי ניתוח שאלת הנזק צריך להיעשות באמצעות שינויים בתשלום הכולל
23 שנגבה בתקופת הקרטל, בהשוואה לתקופה שמחוץ לתקופת הקרטל (פרה-קרטל או פוסט-
24 קרטל).
- 25 93. דומה כי אף אחד מהמומחים לא חלק על כך שהמתודולוגיה הטובה ביותר להערכת נזקי
26 הקרטל היא ביצוע רגרסיה הבוחנת את רמת המחירים בתקופת הקרטל ומשווה אותה לרמת
27 המחירים בתקופה בה לא היה קרטל. הקושי הוא שמדובר במשימה מורכבת מאוד, המחייבת
28 איסוף מספר גדול של תצפיות (הן בתקופת הקרטל והן בתקופה שמחוץ לקרטל), והגדרת
29 משתנים מסבירים נוספים, אשר יביאו בחשבון התפתחויות שאינן קשורות לקרטל (כגון הגדלת
30 התחרות בשוק הישראלי בשל הצטרפותה של ק.א.ל. לשוק בסוף 1999). המומחה שרון ציין
31 בחוות דעתו השלישית כי בתובענה ייצוגית המתנהלת בארה"ב בעניין הקרטל בו עסקין הוגשה
32 על ידי המבקשים שם חוות דעת במסגרתה הציג מומחה מטעמם רגרסיה מרובת משתנים
33 לאמידת הנזק שגרם הקרטל. רגרסיה זו כללה 15 מיליון תצפיות בתקופת הקרטל ו-15 מיליון



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 תצפיות מחוץ לתקופת הקרטל, וכללה 1,000 משתני דמי. גם אם נביא בחשבון את הבדלי
2 הגדלים בין ארה"ב לישראל, עדיין מדובר במשימה כבירה. עם זאת, ככל שניתן יהיה לבצע
3 במסגרת התובענה – מה טוב.
- 4 94. ואולם, אף אם יתברר כי ביצוע רגרסיה אינה מתודולוגיה ישימה, סבורני כי המבקשת עמדה
5 בנטל המוטל עליה בשלב זה, דהיינו הצבעה על מתודולוגיה אפשרית להערכת הנזק. וזאת יש
6 לזכור: הכלים להערכת הסעד במסגרת תובענה ייצוגית הם במקרים רבים כלים מוגבלים,
7 היכולים לתת הערכה של הסעד הראוי, אך לא חישוב מדויק. אפס, אין בכך כדי לשלול את
8 האפשרות לנהל תובענה ייצוגית, וזאת בשים לב לשאיפת המחוקק שלא להכשיל את האפשרות
9 להגשים את תכליות החוק בשל קשיים בהערכה מדויקת של הנזק (ראו: ע"א 10085/08 **תנובה**
10 – **מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' עזבון ראבי**, (4.12.2011), פסקאות 43 - 58).
- 11 95. לגופה של הביקורת על המתודולוגיה שהציע המומחה שרון, אבקש לציין את הנקודות הבאות:
12 **ראשית**, הטענה כי למרות תיאום המחירים ייתכן כי ניתנו הנחות ביחס לתוספות הביטחון
13 והדלק (הטענה כי המשיבות "רימו את הקרטל") עומדת בניגוד לחומר הראיות ממנו עולה כי
14 לפחות אצל חלק מהמשיבות לא היה לגורם שניהל משא ומתן עם הלקוחות בישראל כל
15 אפשרות לתת הנחות ביחס לרכיבים אלו (ראו פסקה 60 לעיל). מכל מקום, ככל שמשיבות
16 מעוניינות לבסס טענה מסוג זה – הנטל עליהן להביא ראיות להוכחתה. כזאת לא עשו.
- 17 **שנית**, הטענה לפיה בעקבות קיומם של רכיבי מחיר קבועים גדל היקף ההנחות שניתן ברכיבי
18 מחיר אחרים היא בוודאי טענה שלא ניתן לדחותה בקש. ואולם, מבחינה משפטית זו טענה
19 שהנטל להוכיח אותה, ואת היקף השפעתה על הנזק שגרם הקרטל, מוטל על המשיבות. תיאום
20 מחירן של התוספות הופך את גבייתן מהלקוח להתנהלות בלתי חוקית. ככל שהמשיבות טוענות
21 כי מול לקוח זה או אחר, או אפילו מול כלל הלקוחות, גביית יתר זו מותנה באמצעות הנחות,
22 הנטל עליה לשכנע כי אכן כך היה. ודוק, ייתכן כי הוכחה מסוג זה ניתן להציג באמצעים
23 סטטיסטיים, כגון חוות דעת המלמדת כי בתקופת הקרטל שיעור ההנחות שניתן על ידי
24 המשיבות היה גבוה משיעור ההנחות שניתן מחוץ לתקופת הקרטל (השוו ת"צ (מרכז) 30028-
25 04-11 **יצחקי נ' מגדל חברה לביטוח**, פסקאות 77-79 (21.11.2016)). מכל מקום, אין בטענה זו
26 כדי לשלול את המתודולוגיה אותה הציע מומחה המבקשת – גם אם אין זו מתודולוגיה
27 מושלמת, הרי שהיא ניתנת לשכלול, ובוודאי שהיא ראויה יותר מגישה המאפשרת לצדדים
28 לקרטל להותיר את בלעם בפיהם.
- 29
- 30 96. **סיכומו של הדיון בשאלת הנזק**: החזקות הקבועות בדיון, בצירוף חוות דעת המומחה שרון
31 מגבשות תשתית ראייתית מספיקה להוכחת קיומה של אפשרות סבירה שייקבע כי הקרטל גרם
32 לנזק לחברי הקבוצות בשמם הוגשה התובענה הייצוגית. חוות הדעת הנגדיות מלמדות לכל
33 היותר כי קיימת מחלוקת בשאלת קיומו ושיעורו של הנזק, ואולם אין בהן כדי להביא למסקנה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 כי הרף הדרוש לאישור תובענה ייצוגית לא נחצה. זאת ועוד, הצלחה השכילה להציג
2 מתודולוגיה אפשרית להערכת הנזק שגרם הקרטל, אשר גם אם אינה מושלמת, ניתן יהיה
3 לשכללה במסגרת הדיון בתובענה גופה, ומכל מקום די בה על מנת לחצות את הרף הנדרש בשלב
4 הדיון הנוכחי גם בהקשר זה. נוכח האמור לעיל, השתכנעתי כי המבקשת הצליחה לבסס תשתית
5 ראייתית לכאורית המבססת חשש שלא נסתר לקיומו של נזק עקב הקרטל הנטען. לפיכך,
6 השתכנעתי כי קיימת אפשרות סבירה שיוכח כי הקרטל השפיע על מחירי השילוח הבינלאומי
7 בישראל. מכאן שהמבקשת עמדה בדרישת סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.
8

5.ד. עילת תביעה של צרכן עקיף

9
10 97. בין הצדדים התעוררה מחלוקת בשאלה האם לצרכנים העקיפים של המשיבות יש עילת תביעה
11 לפי הדין הישראלי. שאלה זו רלוונטית להגדרת הקבוצה, ובפרט לקבוצת הנפגעים העקיפים
12 כפי שזו הוגדרה על ידי המבקשת (ראו פסקה 16ב. לעיל).

13 98. היועמ"ש סבור כי יש מקום להכיר בעילת תביעה של הצרכן העקיף. לשיטתו, דוקטרינת הצרכן
14 העקיף האמריקאית, השוללת קיומה של עילת תביעה בידי צרכן עקיף, אינה מתאימה ליישום
15 בדין הישראלי, אלא יש לקבוע כי הדין הישראלי אינו שולל את מעמדו של צרכן עקיף שניזוק
16 כתוצאה מתיאום מחירים לתבוע את נזקו. היועמ"ש הציג את מכלול השיקולים הרלוונטיים
17 לעניין, תוך התייחסות לדין האמריקאי ולדין האירופי, אשר לשיטתו תומכים בהכרה בעילת
18 תביעה של צרכן עקיף ככלל, ובתביעות שעניינן עוולות הגבליות בפרט. עוד ציין כי עמדתו זו
19 אומצה מאז הצגתה בתיק זה בפסיקת בתי המשפט המחוזיים.

20 הצלחה תומכת בעמדת היועמ"ש ומוסיפה כי היא מתאימה לייצג גם את הצרכנים העקיפים
21 במסגרת ההליך.
22

23 99. ביום 16.10.2018 הוריתי למשיבות להגיש סיכומים משלימים אשר יתייחסו לעמדתו של
24 היועמ"ש בדבר ההכרה בעילת תביעה של צרכנים עקיפים.

25 100. המשיבות כולן סבורות כי אין להכיר בעילת תביעה של צרכנים עקיפים. הן עומדות על כך
26 ששאלה זו טרם הוכרעה בפסיקה הישראלית; כי דיני הנזיקין הישראלים אינם תומכים בהכרה
27 בעילת תביעה לצרכן עקיף; כי יש ללמוד מההלכה שחלה בדין האמריקאי; כי ההכרה בדין
28 האירופי בעילת תביעה לצרכן עקיף ניתנה במשטר תובענות ייצוגיות שונה לחלוטין מזה שקיים
29 בישראל; ולחילופין, אפילו אם יש מקום להכיר בעילת תביעה של הצרכן העקיף, הדבר צריך
30 להיות מוסדר בחקיקה שתבטיח מנגנוני הגנה על הנתבעים מפני כפל תשלום, ותסדיר את
31 הפרוצדורה המדויקת לבירור הנזקים וחלוקתם, כפי שנעשה במדינות אחרות בהן מוכרת עילת
32 תביעה זו. בהקשר זה, ציינו המשיבות כי בעמדת היועמ"ש לא ניתן מענה פרקטי לקשיים
33 ולחששות העולים מהכרה בעילת תביעה לצרכן עקיף, וכי הכלים הקיימים בחוק אליהם הפנה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 היועמ"ש בעמדתו אינם מתאימים להליך דנן. לבסוף, טוענות המשיבות כי אין להתעלם
2 מהנסיבות הייחודיות של המקרה דנן, והקשיים שעולים עקב הכרה בעילת תביעה של צרכן
3 עקיף, ובכלל זאת הקושי בחישוב הנזק וחלוקתו, וכן החשש לניגוד עניינים בייצוג קבוצות
4 נפגעים שונות.

5 101. לשאלת "הצרכן העקיף" כבר נדרשתי פעמיים בעבר, והמעוניין להרחיב יעין שם (ראו:
6 עניין גפניאל, פסקאות 47-49; ת"צ (מרכז) 41838-09-14 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ
7 (29.1.2017) (להלן: "עניין ויינשטיין")). בתמצית, אני סבור כי אומנם הסוגיה טרם הוכרעה
8 בבית המשפט העליון, אך המגמה המסתמנת בעניין זה, שלא נסתרה מאז ניתנו החלטותיי
9 האמורות וכן ההחלטה בת"צ (מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת
10 חקלאית בישראל בע"מ, פסקאות 37-44 (5.4.2016), תומכת באימוץ הגישה לפיה יש להעניק
11 זכות תביעה לצרכן עקיף. לצד זאת, הבהרתי כי אין לפתוח פתח המרחיב את מעגל התובעים
12 באופן בלתי מוגבל לכל צרכן שמבחינה כלכלית נשא בנזק בגין העוולה ההגבלית. הרחבה כאמור
13 אינה רצויה ואינה הכרחית (ראו: עניין ויינשטיין, פסקה 19). לפיכך, בעניין גפניאל מצאתי
14 לנכון להבהיר כדלקמן:

15 **כאשר עסקינן בצרכן עקיף עומדות בפנינו שרשרת של עסקאות. לא בכל חוליה**
16 **בשרשרת יהא זה נכון לאפשר זכות תביעה. מוכן אני לראות ככלל אצבע כי**
17 **כאשר המוצר שומר על צורתו המקורית כפי שנמכר על ידי חברת הייצור, הרי**
18 **שאין מניעה לאפשר לצרכן העקיף להגיש את התביעה מהסיבות שאוזכרו**
19 **לעיל. שאלה אחרת היא מקום בו המוצר משנה מצורתו המקורית. שאלה זו**
20 **איננה רלוונטית לענייננו ולא זו השעה להכריע בה (פסקה 42).**

21
22 102. בענייננו, הצלחה מבקשת לתבוע בשם שתי קבוצות – הנפגעים הישירים, שהן ככלל
23 המשלחים הבינלאומיים (מעגל הנפגעים הראשון), ונפגעים עקיפים שרכשו ישירות מהמשלחים
24 הבינלאומיים (מעגל הנפגעים השני) (ראו הבהרה של העד מטעמה של המבקשת בפרוטוקול
25 15.10.2014, עמ' 17-19). מדובר, איפוא, בלקוחות שהזמינו את שירות השילוח ישירות וכן
26 לקוחות שהזמינו את שירות השילוח דרך המשלחים הבינלאומיים. עניינו הרואות כי מדובר
27 בשני מעגלים מתוחמים ומוגדרים המקיימים זיקה ברורה וישירה לשירות השילוח. לפיכך,
28 מוכן אני לראות בכך כי מדובר ב"אותו שירות" שלא שינה מצורתו. אכן, יש ספק בשאלה האם
29 יש להכיר בעילת תביעה ללקוחות מהמעגל השלישי והלאה, והמשיבות העלו טענות הראויות
30 לדיון בעניין זה, אבל מאחר שהדבר לא התבקש על ידי הצלחה כאמור (למעט בשלב הסיכומים,
31 ולבקשה זו אדרש בהמשך הדברים) אינני נדרש להכריע בכך.

32

33



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

6.ד. התאמתה של הצלחה לייצוג הקבוצה

1
2 103. בקשת האישור הוגשה על ידי הצלחה, ולא על ידי אחד מחברי הקבוצה הנטענת. המחוקק
3 הישראלי ביקש לאפשר את שילובם של ארגונים בהליכי התובענה הייצוגית מתוך הכרה
4 ביתרונות הארגון בניהול התובענה הייצוגית, וכן מתוך תפיסה הרואה בתובענה הייצוגית ככלי
5 לקידום אינטרסים חברתיים-ציבוריים (ראו דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות,
6 התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 232, 234). סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות מציב שלושה
7 תנאים מצטברים להגשת תובענה ייצוגית בשם קבוצה על ידי ארגון שאין לו עילת תביעה
8 אישית: ראשית, מדובר בארגון ראוי כשלעצמו; שנית, על הארגון להוכיח כי התובענה היא
9 בתחום אחת מהמטרות הציבוריות שהוא עוסק בהן; שלישית, קיים קושי לאתר תובע בעל
10 עילת תביעה אישית (ראו: עניין קולך, פסקאות 36-37, 41).

11 104. המשיבות ממקדמות את עיקר טיעוניהן ביחס לתנאי האחרון – דרישת הקושי. לשיטתן,
12 הצלחה לא הוכיחה קיומו של קושי במציאת תובע בעל עילת תביעה אישית, ולא מדובר במקרה
13 חריג, כגון שקיימים קשיים אינהרנטיים או נסיבות מיוחדות, הפוטרים את הצלחה מראש
14 מפנייה לתובעים פוטנציאליים. המשיבות מצביעות בהקשר זה גם על השיקולים הבאים:
15 (1) הצלחה לא הוכיחה כי נקטה באמצעים הנדרשים לאיתור תובע הולם, ולא פירטה בדבר
16 הניסיונות שטענה כי ביצעה; (2) החשש הנטען של תובעים פוטנציאליים להגיש את התובענה
17 לא גובה בכל אינדיקציה ראיתית, והוא אינו מתיישב עם העובדה שחלק ניכר מהתובעים
18 הפוטנציאליים הם חברות שילוח בינלאומיות גדולות וחזקות, שכבר ניהלו הליכים ייצוגיים נגד
19 חברות תעופה רבות ברחבי העולם, כאשר סברו שקיימת עילת תביעה, ומכאן שאין היגיון
20 שדווקא בישראל אותן חברות חששו לעשות כן; (3) אין מקום להכיר בטענה לפיה עצם קיום
21 יחסי מסחר בין תובעים פוטנציאליים לבין נתבע פוטנציאלי בתביעה ייצוגית יוצר קושי
22 אינהרנטי בשל חשש מהתנכלות או משיבוש יחסי המסחר, משום שהדבר מרחיב יתר על המידה
23 את הגדרת ה"קושי"; זאת ועוד, אפילו אם היה בטענה זו ממש, היא בוודאי לא רלוונטית לגבי
24 קבוצת הניזוקים העקיפים; (4) אין לקבל את הטענה כי עצם הגשת בקשה לאישור תובענה
25 כייצוגית בסמוך לתום תקופת ההתיישנות מעידה בהכרח על קיומו של קושי באיתור תובע חבר
26 הקבוצה, הן משום שהגשה מאוחרת כאמור יכולה לנבוע ממגוון סיבות, והן משום שהצלחה,
27 וכן רובם המוחלט של התובעים הפוטנציאליים, הכירו את הטענות בדבר קיומו של הקרטל זמן
28 רב לפני תום תקופת ההתיישנות, ולמצער היו צריכים לדעת על כך, ואם תובע כאמור היה סבור
29 שנגרם לו נזק ועומדת לו עילת תביעה טובה לא היה כל קושי ממשי לאתרו ולגייסו כתובע ייצוגי
30 להליך. זאת במיוחד כאשר היה להצלחה מספיק זמן לאתר תובע ייצוגי, משההיערכות להגשת
31 בקשת האישור החלה חודשים לפני כן. לבסוף, אל-על מוסיפה וטוענת כי בנסיבות העניין אין
32 להורות על החלפת המבקשת כתובעת ייצוגית, וכי לשיטתה משמעות אי התאמתה לניהול
33 ההליך היא שיש לדחות את בקשת האישור לגופה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

105. הצלחה, מנגד, נשענת על פעילותה הענפה לאורך השנים, ובפרט על תובענות ייצוגיות קודמות שהגישה, כדי לטעון שהיא ראויה, מקצועית ומתאימה לשמש כתובעת ייצוגית בהליך דנן. כן היא טוענת כי קיימת החלטה עקרונית של הקרן למימון תובענות ייצוגיות לפיה תשתתף במימון התובענה, והדבר מהווה אינדיקציה נוספת למידת התאמתה של הצלחה לנהל את ההליך. לשיטת הצלחה, העובדה שבקשת האישור הוגשה בסמוך לתום תקופת ההתיישנות (אך טרם סיומה) מספיקה לבדה כדי למלא אחר דרישת "הקושי", כפי שהוגדרה בפסיקה. זאת לצד מספר פניות שנעשו למספר תובעים פוטנציאליים, אשר סירבו להגיש את התובענה לאור חששם מההשלכות שעלולות להיות לכך על הקשרים המסחריים עם המשיבות.
106. דין טענות המשיבות להידחות. כדי לעמוד בדרישת הקושי על הארגון להוכיח כי פעל בשקידה סבירה לאתר בעל עילת תביעה, כאשר פעולת האיתור נבחנת על פי שני פרמטרים: כמותי ואיכותי (ת"צ (כלכלית) 2484-09-12 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן, פסקאות 64, 77, 81, 84 להחלטתו של השופט חאלד כבוב (18.2.2013) (להלן: "עניין הצלחה"); עניין קולך, פסקה 39). ככלל, נקבע כי רף הקושי לפי פרמטרים אלה ייבחן לפי כל מקרה ונסיבותיו (עניין הצלחה, פסקה 72; עניין קולך, פסקה 38). לצד זאת, בית המשפט העליון מנה מספר אינדיקציות לקיומו של "קושי", אשר אינן מהוות רשימה סגורה, ובהן: חסרון כיס בקרב תובעים פוטנציאליים; הניזוקים הישירים אינם מודעים לעצם הפגיעה בשל פערי ידע או היעדר יכולת להבין את הפגיעה; חסמים תרבותיים או "שקיימים נתונים מיוחדים, מוצקים ומשכנעים אחרים הנובעים מנסיבות המקרה" (עניין קולך, פסקאות 39-38, 41). בעניין הצלחה, אף ציין השופט חאלד כבוב כי "יש לזכור, תובענה ייצוגית היא אמנם אוסף של תובענות אישיות, אך באותה עת יש לה גם מעמד של תובענה ציבורית. על כן, מקום בו קיים אינטרס ציבורי בתביעה, הדבר יכול להביא להקלה מסוימת בתנאים הפרוצדוראליים להגשתה. בהתאם, קשה למצוא מקרה בו ניתן לבחון עניין מסוים בתובענה במנותק מהתביעה גופה, כנותה וסיכווייה – הם השיקולים שבמרכז ההכרעה אם תאושר אם לא" (ההדגשה במקור; שם, פסקה 34). בענייננו, השתכנעתי כי הצלחה צולחת את דרישת הקושי בשל חיבורם של מספר נסיבות ושיקולים מצטברים: ראשית, נוכח מערכת היחסים הנמשכת בין המשלחים הבינלאומיים (שהם עיקר הנפגעים הישירים) לבין חברות התעופה, ובכלל זאת המשיבות, וכן יחסי התלות הנובעים ממנה, עולה חשש כי אלה הראשונות לא יישושו לשים את עצמן בחזית התובענה הייצוגית; שנית, סביר להניח כי המשלחים הבינלאומיים גלגלו את העלות, כולה או עיקרה, ללקוחותיהן (הם הנפגעים העקיפים) וספק אם אלה האחרונים מודעים לעצם הפגיעה משהמחיר הקרטליסטי הוצג להם כדבר נתון, וזאת גם בשים לב למומחיות הנדרשת בתחום התחרות הכלכלית; לבסוף, בקשת האישור שלפניי היא בעלת חשיבות ציבורית ממעלה ראשונה כפי שעמדתי לעיל, וגם מטעם זה מוצדק להקל במידת מה בתנאים הפרוצדוראליים בהגשתה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

7.ד התקיימות יתר התנאים לאישורה של התובענה כייצוגיות

- 1
- 2 107. המשיבות מעלות מספר נימוקים כדי לבסס את טענתן כי התובענה הייצוגית איננה הדרך
3 היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת מושא הליך זה, דהיינו כי לא מתקיימת דרישת סעיף
4 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. נימוקן המרכזי בעניין זה הוא כי קיים ניגוד עניינים בין חברי
5 הקבוצה אותם מבקשת הצלחה לייצג. במילים אחרות, המשיבות טוענות כי אין לאפשר
6 להצלחה להגיש תובענה ייצוגית בשם שתי קבוצות ניזוקים שמצויות בניגוד עניינים אינהרנטי
7 ומובנה היורד לשורש בקשת האישור, הן במישור העילה והן במישור הנזק, כמו במקרה דנן:
8 ככל שהנפגעים הישירים אכן נפגעו מהקרטרל הנטען, משמעות הדבר שהם לא גלגלו את הנזק
9 על לקוחותיהם ומכאן שהנפגעים העקיפים כלל לא ניזוקו; וככל שהנפגעים הישירים גלגלו את
10 הנזק הרי שלא נגרם להם כל נזק והם חסרי מעמד בתביעה. לפיכך, מקסום גובה הפיצוי עבור
11 קבוצה אחת פירושו בהכרח הפחתת גובה הפיצוי מקבוצת אחרת. עוד טוענות המשיבות כי
12 עניין זה משליך גם על זכויותיהן הדיוניות ועל יכולתן להתגונן משום שהקבוצות אינן
13 הומוגניות בפני עצמן ובינן לבין עצמן, ועולות שאלות אינדיבידואליות רבות אשר לא ניתן
14 להתגבר עליהן. טעם נוסף שהציגו המשיבות הוא כי הנזק הנטען ביחס לכל אחד מהמשלחים
15 הבינלאומיים, ובשים לב לגודל קבוצה זו (מדובר בקבוצת משלחים קטנה יחסית המונה כמה
16 עשרות משלחים בינלאומיים) ולמאפייניה (גופים חזקים ובעלי יכולת משמעותית להביא
17 טענותיהם בפני ערכאות), מצדיקים הגשת תביעות אישיות.
- 18 108. הצלחה טוענת כי אפילו טענות המשיבות בדבר ניגוד העניינים היו נכונות, לכל היותר הדבר
19 היה מביא להחלפת תובע ייצוגי או לצירופו של תובע ייצוגי נוסף, ולא לדחיית בקשת האישור.
20 יתרה מכך, בשונה ממצב בו היו שני תובעים נפרדים, כאשר לכל אחד היה אינטרס לנתח עוגה
21 גדול יותר על חשבון השני, דווקא ייצוג הקבוצה על ידי הצלחה מונע היווצרות קושי זה, משום
22 שלה, כארגון המייצג את האינטרסים של שתי הקבוצות, אין העדפה או עניין אישי שיכול
23 להטותה לטובת אחת מהקבוצות על פני השנייה. כן טוענת הצלחה כי אומנם הקבוצות הן
24 הטרוגניות במובן מה, אך עובדה זו אינה עילה לדחות את בקשת האישור.
- 25 109. דין טענותיהן של המשיבות להידחות. ראשית, לשאלה בדבר קיום אפשרי של ניגוד עניינים
26 בין חברי הקבוצה נדרשתי בהחלטה בעניין הסילוק והבהרתי כך: "אף אינני סבור כי ניגוד
27 עניינים כזה יכול להצדיק על פי הדין הישראלי דחייה של בקשה לאישור תובענה כייצוגית.
28 מתקבל יותר על הדעת כי ניגוד עניינים בין חברי הקבוצה, במידה ויתגלע, יצדיק מתן הנחיות
29 מתאימות במסגרת הליכי האישור (הנחיות שלעת עתה אינני סבור שהוצג צורך בהן). הצדקה
30 לדחיית בקשת אישור, ולא כל שכן לסילוקה על הסף, אינני סבור שניתן למצוא בו (וזאת בין
31 אם הבקשה מוגשת על ידי תובע לו עילה אישית ובין אם היא מוגשת על ידי ארגון לפי סעיף
32 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות)" (פסקה 17. להחלטתי). בשלב זה דומני כי השאלה איננה
33 דרושה הכרעה, אלא מקומה של טענה זו, ככל שתעורר, הוא בשאלת חלוקת הנזק, אם ייקבע



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

1 נזק, ובהתאם יידרש לקבוע מנגנוני חלוקה מתאימים. ודוק, אם יעלה צורך קונקרטי יהיה
2 מקום לשקול מינוי נאמנים שונים לכל אחת מהקבוצות, אך צורך כאמור לא עלה עד כה, ומכל
3 מקום לא יהיה בכך כדי להוות עילה לדחיית בקשה האישור.

4 **שנית**, שוב ושוב מנסים נתבעים שונים להעלות טענות בדבר הומוגניות בין חברי
5 הקבוצה והצורך בבירור אינדיבידואלי. ואולם, גם במקרה זה, כמו באחרים רבים, השתכנעתי
6 כי אין בטיעון הזה ממש, ולפיכך דינו להידחות (ראו, למשל: רע"א 2128/09 הפניקס חברה
7 לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקאות 10-11 ו-19 (5.7.2012). וכן לעניין חלוקת הפיצוי, ראו: סעיף
8 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות; בר"מ 9100/15 עיריית פתח תקווה נ' עזרא מרדכי, פסקה 20
9 והאסמכתאות המובאות שם (28.6.2018)).

10 **לבסוף**, המשיבות אשר טוענות בדבקות לאורך כל ההליך כי כלל לא נגרם נזק מהקרטל,
11 מבקשות עתה לבסס עילה לדחיית בקשה האישור בכך שלמשלחים הבינלאומיים נגרם נזק גדול
12 מספיק המצדיק תביעה אינדיבידואלית נפרדת. טיעון זה, שהוא בגדר תרתי דסתרי, אין לקבל.
13 מכל מקום, העובדה שסכום התביעה האישית מצדיק הגשת תביעה נפרדת איננה שיקול בלעדי
14 לדחיית בקשת האישור (רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטיים וכוח אדם
15 בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 264 (2003). השוו גם לנסיבות המקרה בת"צ (מרכז) 14144-05-09 איפקס
16 חיתום וניהול הנפקות בע"מ נ' הראל נהול קרנות בע"מ, פסקאות 8-16 להחלטתי (3.10.2010)).

8.ד הגדרת הקבוצות המיוצגות

19
20 110. בסיכומים ביקשה הצלחה להורות על שינוי בהגדרת הקבוצות המיוצגות. שינוי זה נעוץ
21 בכך שסברה בתחילת ההליך כי הנפגעים העקיפים, אשר רכשו מהנפגעים הישירים שירותי
22 שילוח מטענים מישראל לארה"ב או מארה"ב לישראל, יזכו לפיצוי במסגרת ההליכים
23 בארה"ב. ואולם, במהלך ניהול התובענה וכפי שעלה מחלק מהעדויות בהליך, התחוור כי אותם
24 נפגעים לא זכו לפיצוי כלל במסגרת התובענות והסדרי הפשרה בארה"ב. בנוסף, נטען כי התגלה
25 להצלחה כי חלק מהנזקים שנגרמו לנפגעים העקיפים גולגלו על ידם ללקוחותיהם, בין אם
26 מדובר בלקוחות שהזמינו מוצר מחו"ל, ואשר שילמו עבור שירותי השילוח האווירי מחיר גבוה
27 יותר, ובין אם מדובר בצרכנים ישראלים שרכשו בישראל מוצר שהגיע לישראל דרך האוויר
28 ושמחירו הכולל (המורכב ממחיר המוצר בתוספת עלות המשלוח האווירי) היה גבוה יותר.
29 לפיכך, התבקשו שלושה שינויים בהגדרת הקבוצה של הנפגעים העקיפים: הראשון, מחיקת
30 המילים "למעט מארצות הברית" ו-"למעט לארצות הברית"; השני, לכלול גם צרכנים
31 ישראלים שהזמינו סחורות מחו"ל, שנשלחו לישראל דרך האוויר ושילמו מחיר גבוה יותר עקב
32 הקרטל; השלישי, לכלול גם צרכנים ישראלים שרכשו בישראל מוצר שהגיע לישראל דרך
33 האוויר ושילמו מחיר גבוה יותר עקב הקרטל. הצלחה הדגישה כי אין בשינויים אלה כדי לגרום



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 למשיבות נזק, משום שאין במטרת השינויים המבוקשים כדי להביא לכך שהמשיבות יישאו
2 בתשלום העולה על הנזק הכולל שגרמו.
- 3 111. המשיבות התנגדו לשינויים המבוקשים והעלו מספר טיעונים בעניין זה: כי מדובר בהרחבת
4 חזית אסורה; כי אין לאשר תיקונים כאלה בשלב כה מאוחר בהליך ובשיהוי כה ניכר; כי
5 העילות הנוגעות לקבוצות שהוספתן התבקש התיישנו זה מכבר; כי מדובר בהרחבת מעגל
6 התובעים והנזק בצורה שאינה סבירה; כי הבקשה אינה מבוססת ונעדרת כל הסבר מספק ביחס
7 לתיקונים המבוקשים; וכי אישור התיקונים יביא לפגיעה בזכויותיהן הדיוניות.
- 8 112. דין הבקשה לתיקון הגדרת הקבוצות, על כל רכיביה, להידחות. הצלחה מנסה להתבסס
9 בבקשתה על הטענה כי המידע הרלוונטי לא היה בפניה קודם לכן. ואולם, אמירות אלה בדבר
10 מידע חדש שהתגלה נטענו בעלמא וללא כל ביסוס, ולא השתכנעתי כי מדובר בנתונים שלא ניתן
11 היה להשיגם עובר למועד הגשת הבקשה (דהיינו, מועד הגשת הסיכומים), וההסבר לתיקון
12 הראשון יוכיח: ההליכים בארה"ב התנהלו עוד קודם להגשת בקשת האישור, ולכל היותר באי-
13 כוחה של הצלחה נחשפו הלכה למעשה למידע – אי מתן פיצוי לנפגעים העקיפים בהליכים
14 בארה"ב בהתאם לדוקטרינת הצרכן העקיף הנהוגה שם – כבר במסגרת הדיון שהתקיים ביום
15 14.7.2016 (ראו פרוטוקול 14.7.2016, עמ' 563). ואולם, רק בחלוף שנה, אז הוגשו הסיכומים
16 מטעמה, ולמרות שאמרה במסגרת אותו דיון כי הדבר ייבדק, מצאה לנכון להגיש את הבקשה
17 האמורה. עיכוב משמעותי זה אין לקבל, וזאת גם בשים לב לשלב המתקדם בו ההליך נמצא,
18 לאחר שהתקיימו מספר רב של דיונים, הוגשו חוות דעת מומחים והמחלוקות בין הצדדים כבר
19 נתחמו והוגדרו (ראו: בר"ם 4303/12 אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר, פסקאות 14-20
20 (20.11.2012); בר"ם 582/15 יושע נ' עיריית הוד השרון, פסקה 6 (17.8.2015)). זהו הדין גם
21 ביחס לתיקונים השני והשלישי, אשר גם עומדים בסתירה לעמדתה העקבית של הצלחה לאורך
22 ההליך לפיה יש להגביל את קבוצות הנפגעים למעגל הראשון והשני בלבד, וכן מעלות קשיים
23 לא מבוטלים בדבר עילת התביעה של חברי הקבוצה אותם היא מבקשת להוסיף עתה (וראו
24 פסקאות 101-102 לעיל).

5. סוף דבר

- 27 113. הבקשה לאישור התובענה כייצוגית נגד המשיבות מתקבלת, וזאת בכפוף לאלה:
- 28 א. **חברי הקבוצה:**
- 29 הנפגעים הישירים: "כל לקוחות המשיבות (בישראל או מחוצה לה) אשר שילחו
30 מטענים לישראל (למעט מארצות הברית) או מישראל (למעט לארצות הברית) בתקופה
31 שתחילתה היא לכל המאוחר 1 בינואר 2000 ועד מועד סיום הקרטל, שהנו לכל המוקדם
32 ביום 14 בפברואר 2006".



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 הנפגעים העקיפים: "כל הלקוחות של הנפגעים הישירים, אשר רכשו מהנפגעים
2 הישירים שירותי שילוח מטענים לישראל (למעט מארצות הברית) או מישראל (למעט
3 לארצות הברית) בתקופה שתחילתה 1 בינואר 2000 לכל המאוחר, ועד סיום הקרטל,
4 שהנו לכל המוקדם ביום 14 בפברואר 2006".
- 5 ב. **עילות התביעה שהתובענה הייצוגית מאושרת בגינה:** המשיבות היו צד להסדר כובל
6 שבו הכבילה נוגעת למחיר שיידרש, וזאת בניגוד לסעיפים 2(ב), 4-6 ו-50(א) לחוק
7 התחרות הכלכלית.
- 8 ג. **הסעד הנתבע:** פיצוי בגין הנזק שנגרם לחברי הקבוצות המהווה את הפער בין המחיר
9 הקרטליסטי שנגבה בפועל לאור התיאום שבוצע במסגרת הקרטל, לרבות תיאום
10 תוספות הדלק והביטחון, לבין המחיר שהיה נגבה בתנאי שוק תחרותי, אלמלא התיאום
11 בין המשיבות.
- 12 ד. **התובעת המייצגת:** הצלחה – התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת.
- 13 ה. **באי הכוח המייצגים:** עו"ד יוקי שמש ועו"ד עמית מנור.
- 14
- 15 114. בהתאם לסמכותי לפי סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, אני פוסק להצלחה ולבאי הכוח
16 המייצגים שכר טרחה בגין טיפולם בתובענה עד לשלב זה בסכום כולל של 400,000 ש"ח
17 בתוספת מע"מ, אשר החבות בו תתחלק בין המשיבות באופן הבא: 55% אל-על; 15% בריטיש;
18 30% לופטהנזה וסוויס. אציין כי בקביעת חלוקת נטל שכר הטרחה הבאתי בחשבון הן את נתח
19 השוק של כל אחת מהמשיבות, והן את המשאבים שנדרשו מהצלחה על מנת להתמודד עם
20 טענותיה.
- 21 115. באי הכוח המייצגים יפרסמו הודעה בדבר אישור התובענה כייצוגית, כאמור בסעיף 25
22 לחוק תובענות ייצוגיות. נוסח ההודעה יכלול את הפרטים הנדרשים על פי סעיף 14(א) לחוק
23 והבהרה על זכותו של כל חבר קבוצה לצאת מהקבוצה לפי סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות.
24 גודל ההודעה ונוסחה יתואם בין באי הכוח המייצגים לבאי כוח הנתבעות, ובלבד שגודל
25 האותיות יעלה בלפחות 33% על הקבוע בתקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי
26 הכלול במידע אחר המיועד לצרכן), תשנ"ה – 1995. ההודעה תפורסם בשניים מחמשת
27 העיתונים היומיים הגדולים בישראל, ובאחד משלושת העיתונים הכלכליים היומיים הגדולים
28 בישראל, לפי בחירת באי הכוח המייצגים. נוסח ההודעה יתואם בין באי כוח הצדדים ויבא
29 לאישור בית המשפט תוך 14 יום ממועד החלטה זו. המשיבות תישאנה בחלקים שווים בעלויות
30 פרסום ההודעה.
- 31 116. המזכירות תעביר עותק של החלטה זו למנהל בתי המשפט כדי שיעדכן את פנקס התובענות
32 הייצוגיות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"צ 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ'
אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'

- 1 117. בשל המינוי לבית המשפט העליון לא אוכל להוסיף לדון בתיק זה. המזכירות תעביר
- 2 החלטה זו לשופטת אסתר שטמר, מבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, כדי שתקבע את זהות
- 3 המותב שייקבע להמשך הדיון בתיק.

4

5

ניתנה היום, כ"ב טבת תש"פ, 19 ינואר 2020, בהעדר הצדדים.

6

עופר גרוסקופף, שופט